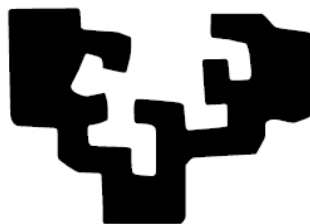


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REFLEXIÓN CONTEMPORÁNEA SOBRE LA COSA JUZGADA
COMO HERRAMIENTA DE TUTELA DE DERECHOS EN EL
PROCESO CIVIL

COMPARACIÓN ENTRE LOS MODELOS DE COSA JUZGADA EN EL DERECHO
CONTINENTAL Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA
CHILENA E INGLESA

TESIS DOCTORAL

Jesús Ezurmendia Álvarez

DIRECTOR

Dr. Iñaki Esparza Leibar

DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, 2020

INDICE

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCION.....	10
PARTE PRIMERA.....	19
ORIGEN Y FUNDAMENTOS DE LA EXISTENCIA DE REGLAS DE COSA JUZGADA EN EL DERECHO CONTINENTAL Y EN EL <i>COMMON LAW</i>	19
CAPITULO I	20
1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS REGLAS DE CLAUSURA DE LA LITIGACIÓN CIVIL, ESPECIALMENTE LA COSA JUZGADA	20
1.1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA COSA JUZGADA EN AMBAS TRADICIONES JURÍDICAS.	21
1.2 FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA EXISTENCIA DE REGLAS DE COSA JUZGADA ¿POR QUÉ EXISTEN REGLAS DE CLAUSURA COMO LA <i>RES JUDICATA</i>?	24
1.2.1 EN EL DERECHO CONTINENTAL, Y EN PARTICULAR EL CASO CHILENO	27
1.2.1.1 FUNDAMENTO DE LA COSA JUZGADA EN LA SEGURIDAD JURÍDICA	27
1.2.1.2 FUNDAMENTO APOYADO EN UNA DECISIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA (UTILIDAD PÚBLICA)	32
1.2.1.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS: DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	34
1.2.1.4 ARMONÍA PROCESAL: COHERENCIA Y CONGRUENCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA EVITANDO SENTENCIAS CONTRADICTORIAS	42
1.2.1.5 RAZONES DE ORDEN ECONOMICO PROCESAL Y RECURSOS PÚBLICOS.	44
1.2.2 EN EL <i>COMMON LAW</i>	46
1.2.2.1 JUSTIFICACIÓN PRIVADA	46
1.2.2.2 JUSTIFICACIÓN PÚBLICA	47
1.3 REFLEXIONES DEL CAPÍTULO QUE FIJAN EL MARCO TEÓRICO DE LA COSA JUZGADA	55
CAPITULO II	58
2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA	58
2.1.1 DERECHO CONTINENTAL Y LATINOAMERICANO: LAS TEORÍAS MATERIALES DE LA COSA JUZGADA	59
2.1.2 DERECHO CONTINENTAL Y LATINOAMERICANO: TEORÍAS PROCESALES DE LA COSA JUZGADA	66
2.1.3 NATURALEZA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO DEL <i>COMMON LAW</i> 74	
2.1.4 PERSPECTIVA EPISTÉMICA-PROCESAL DE LA COSA JUZGADA	75
2.1.4.1. REGLAS CONTRA-EPISTÉMICAS EN EL PROCESO CIVIL	75
2.1.4.2 COSA JUZGADA COMO REGLA CONTRA-EPISTEMICA	79
2.1.4.3 PLANTEAMIENTOS Y PERSPECTIVAS DESDE ESTA INVESTIGACIÓN	82
2.2 REFLEXIONES DEL CAPÍTULO EN CUANTO A LA BUSQUEDA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA <i>RES JUDICATA</i>	85

PARTE SEGUNDA	88
COSA JUZGADA, SUS CLASIFICACIONES, EN ESPECIAL COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL Y SU OPERATIVIDAD.....	88
CAPITULO I.....	90
COSA JUZGADA FORMAL.....	90
1.1 CONCEPTO Y CONFIGURACION.....	90
1.1.1 RECONSTRUCCION: MÁS QUE COSA JUZGADA FORMAL, EXCEPCIÓN A LA COSA JUZGADA MATERIAL	110
1.2 COSA JUZGADA FORMAL Y RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL	111
1.3 NUESTRAS REFLEXIONES SOBRE PERTINENCIA Y UTILIDAD DE COSA JUZGADA FORMAL	115
CAPITULO II	122
COSA JUZGADA MATERIAL O SUSTANCIAL.....	122
2.1 INTRODUCCIÓN	122
2.2 EFECTO NEGATIVO O EXCLUYENTE DE LA COSA JUZGADA	124
2.2.1 LÍMITES DE LA COSA JUZGADA	126
2.2.1.1 LÍMITES OBJETIVOS	128
2.2.1.2 LÍMITES SUBJETIVOS	152
2.2.1.2.1 Identidad subjetiva.....	154
2.2.1.2.2 Justificación de la regla del efecto relativo del efecto <i>inter partes</i>	155
2.2.1.2.3 Efecto expansivo del concepto de partes para la eficacia de la cosa juzgada	157
2.2.1.2.4 Excepciones al efecto <i>inter partes</i> de la cosa juzgada, efecto <i>ultra partes</i>.....	162
2.2.1.2.4.1 Marco conceptual de los efectos directos y reflejos de la sentencia y su relación con el efecto <i>ultra partes</i> de la cosa juzgada	163
2.2.1.2.4.2 Caracterización de los efectos reflejos o indirectos	168
2.2.1.2.4.3 Diferencia de los efectos indirectos o reflejos de la sentencia con el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.....	170
2.2.1.2.4.4 Contenido específico de los efectos indirectos o reflejos de la sentencia	171
2.2.1.2.5 Eficacia <i>erga omnes</i> de la cosa juzgada	173
2.3. EFECTO POSITIVO O PREJUDICIAL DE LA COSA JUZGADA	175
2.3.1 RESPECTO DE LOS LÍMITES Y REQUISITOS DEL EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA.....	182
2.3.2 ¿ EN QUE PARTE DE LA SENTENCIA SE CONTIENE EL EFECTO DE COSA JUZGADA PREJUDICIAL?	183
2.4 REFLEXIONES SOBRE LA COSA JUZGADA MATERIAL Y SUS EFECTOS	187
CAPITULO III.....	190
OPERATIVIDAD Y FORMAS DE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO	190
3.1 FORMAS DE HACER VALER EL EFECTO NEGATIVO	191
3.1.1 COSA JUZGADA COMO EXCEPCIÓN	198
3.1.2 COSA JUZGADA COMO CAUSAL EN DIVERSOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	202
3.1.2.1 IMPUGNACIÓN EXPRESA BASADA EN LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA	203
3.2 FORMA DE HACER VALER EL EFECTO POSITIVO	206
PARTE TERCERA	211

LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO DE INGLATERRA Y GALES Y SU RELACIÓN CON OTRAS JURISDICCIONES DEL <i>COMMON LAW</i> ...	211
INTRODUCCIÓN	211
CAPITULO I.....	214
ESTRUCTURA Y FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INGLÉS DE CARA AL PROCESO CIVIL	214
PREAMBULO.....	214
1.1 SISTEMA DE FUENTES Y LEYES DEL PARLAMENTO (<i>ACTS OF PARLIAMENT O STATUTES</i>)	215
1.2 SISTEMA DE FUENTES Y <i>STARE DECICIS</i>	216
1.3 ORGANIZACIÓN Y PODERES DE LA CORTE	222
1.3.1 ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN INGLATERRA Y GALES	222
1.3.2 FACULTADES Y AUTORIDAD JUDICIAL, JURISDICCIÓN INHERENTE	227
1.4 PROCESO, JUSTICIA CIVIL, CRÍISIS Y REFORMA: <i>OVERRRIDING OBJECTIVE</i>	230
1.4.1 PROCESO CIVIL EN INGLATERRA, CARACTERITICAS Y PROBLEMAS PREVIOS A LA REFORMA DE 1998	231
1.4.1.1 JUSTICIA CIVIL INGLESA Y SUS CARACTERISTICAS	231
1.4.1.2 PROBLEMAS Y CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL	234
1.4.2 REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL Y <i>OVERRRIDING OBJECTIVE</i>	237
CAPITULO II	241
CONFIGURACION DE LAS REGLAS DE “FINALITY” O DEFINITIVIDAD DE LA LITIGACIÓN.....	241
INTRODUCCIÓN	241
2.1 <i>RES JUDICATA</i> EN EL COMMON LAW, ESPECIALMENTE EN INGLATERRA Y GALES.....	245
2.1.1 <i>ESTOPPEL BY RECORD (PER REM JUDICATAM)</i>	247
2.1.1.1 <i>CAUSE OF ACTION ESTOPPEL</i>	250
2.1.1.2 LÍMITES Y EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DEL <i>CAUSE OF ACTION ESTOPPEL</i>	273
2.1.1.3 <i>ISSUE ESTOPPEL</i>	278
2.1.1.3.1 Requisitos del <i>issue estoppel</i>	280
2.1.1.3.2 Excepciones a la aplicación del <i>issue estoppel</i>	288
2.1.1.3.3 <i>Issue estoppel</i> y algunas figuras procesales especiales, rebeldía y allanamiento	290
2.1.2. <i>MERGER</i> O FUSIÓN DE LA CAUSA DE LA ACCIÓN EN EL FALLO, <i>TRANSIT EN REM JUDICATAM</i>	293
2.1.2.1 FUNDAMENTO TEÓRICO Y CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL	294
2.1.2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN Y REQUISITOS DE LA DOCTRINA <i>MERGER</i>	298
2.1.2.3 EXCEPCIONES Y TENDENCIAS RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL <i>MERGER O FORMER RECOVERY</i>	300
2.1.2.4 RECONOCIMIENTO EN OTRAS JURISDICCIONES DEL <i>COMMON LAW</i>	301
CAPITULO III	303
EXTENSION DE LA <i>RES JUDICATA</i> Y ABUSO DEL PROCESO.....	303

3.1 DOCTRINA DEL ABUSO DEL PROCESO - <i>ABUSE OF PROCESS</i> - O DOCTRINA <i>HENDERSON</i>	303
3.2 <i>HENDERSON V HENDERSON</i> , EL ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN ORIGINARIA DE LA DOCTRINA	305
3.3 EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE <i>HENDERSON</i> Y SU REGULACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES.....	309
3.4 EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE <i>HENDERSON</i> HACIA UNA PRECLUSIÓN INTERSUBJETIVA.....	313
3.5 RECAPITULACIÓN, PARALELOS Y DIFERENCIAS ENTRE <i>ABUSE OF PROCESS</i> Y <i>RES JUDICATA</i> , ESPECIALMENTE CON EL <i>CAUSE OF ACTION ESTOPPEL</i>	315
 PARTE CUARTA: CONVERGENCIA DE REGLAS DE TERMINACIÓN EN LA LITIGACIÓN. LA TENDENCIA GENERAL HACIA REGLAS MÁS AMPLIAS EN LA EXTENSIÓN DE LA COSA JUZGADA	
CAPITULO I	320
LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS	320
1.1 CUESTIONES GENERALES Y COMUNES	320
1.1.1 RELEVANCIA DE LA EXISTENCIA DE LA REGLA DE COSA JUZGADA	321
1.1.2 EXAMEN COMPARATIVO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.....	321
1.1.3 CONSECUENCIAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONSTATACIÓN DE LA <i>RES JUDICATA</i>	322
1.2 DIFERENCIAS RELEVANTES ENTRE MODELOS DE <i>RES JUDICATA</i>	323
1.2.1 CONCEPTO DE FIRMEZA Y FINALIDAD PARA LA PROCEDENCIA DE LA COSA JUZGADA	323
1.2.2.- ALCANCE OBJETIVO	331
1.2.3.- ALCANCE SUBJETIVO.....	335
1.2.4.- RIGIDEZ DE LA DOCTRINA	338
 CAPITULO II.....	340
HACIA UN CONCEPTO ACTUAL Y EXTENDIDO DE LA COSA JUZGADA propuesta de la investigación: <i>lege lata</i> y <i>lege ferenda</i>.....	340
2.1. JUSTIFICACION DE POLÍTICA PÚBLICA Y SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL ..	340
2.1.1.- NATURALEZA DEL PROCESO CIVIL, SERVICIO PÚBLICO O BIEN PRIVADO DISPONIBLE POR LAS PARTES	341
2.1.1.1 ANTECEDENTES GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO CIVIL	341
2.1.1.2 PROCESO CIVIL DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO	344
2.1.1.2.1 Consecuencias de un proceso civil con enfoque público	345
2.1.2 JUSTIFICACIÓN DE LA COSA JUZGADA Y COMPATIBILIDAD CON ENFOQUE PÚBLICO Y PRIVADO.....	360
2.2 HACIA UNA COSA JUZGADA MÁS AMPLIA, TANTO SUBJETIVA COMO OBJETIVAMENTE	363
2.2.1 AMPLIACIÓN OBJETIVA.....	364
2.2.2 AMPLIACIÓN SUBJETIVA	381
2.3 REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	386
 CONCLUSIONES	392

BIBLIOGRAFÍA	405
JURISPRUDENCIA.....	436

***Dedicado** a mis padres, a mis
hermanas, a los amigos y otr@s
quienes tienen un lugar especial,
tod@s uds me ayudaron en el largo
proceso de reconstrucción que se
expresa figurativamente en esta tesis,
inclusive a Uda (beltza ta bihurria)*

*"And that's the end," she said, and she saw in his eyes, as the
interest of the story died away in them, something else take its place;
something wondering, pale, like the reflection of a light, which at
once made him gaze and marvel. Turning, she looked across the bay, and
there, sure enough, coming regularly across the waves first two quick
strokes and then one long steady stroke, was the light of the Lighthouse.
It had been lit".*

Virginia Woolf - *To the Lighthouse* (1927)

ABREVIATURAS

ALI: *American Law Institute.*

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CC (Chile): Código Civil.

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

ChD: *Chancery Division.*

COT (Chile): Código Orgánico de Tribunales.

CPC (Chile): Código de Procedimiento Civil.

CPE (España): Constitución Política del Estado (Español)

CPR (Inglaterra y Gales): *Civil Procedure Rules.*

CPR (Chile): Constitución Política de la República.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

ECHR: Corte Europea de Derechos Humanos.

FD: *Family Division.*

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil Española. LEY N° 1/2000 BOE N° 7 del 8 de enero de 2000.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. LEY RDN° 14 de Septiembre de 1882.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial (España) LEY N° 6/1985 BOE N°157 del 2 de julio de 1985

NCPCB (Brasil): Nuevo Código Procesal Civil Brasileño

NCPC (Chile): Nuevo Código Procesal Civil.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

QBD: *Queens Bench Division.*

SEC (Estados Unidos): Comisión de Mercado de Valores.

STC (Chile): Sentencia Corte Suprema

STC (Chile) Sentencia Tribunal Constitucional

STS (España): Sentencia del Tribunal Supremo.

TS (España): Tribunal Supremo.

UKSC: United Kingdom Supreme Court.

ZPO (Alemania): Código Procesal Civil Alemán/Ordenanza Procesal Civil Alemana/
Zivilprozessordnung

"The end of a melody is not its goal: but nonetheless, had the melody not reached its end it would not have reached its goal either. A parable."

Friedrich Nietzsche

INTRODUCCION

En los estudios lingüísticos, una de las características distintivas de las denominadas lenguas SOV, en atención al orden predominante de las funciones sintácticas básicas de la oración respecto al verbo (sujeto, verbo y objeto SVO)¹, es que la unidad estructural más importante de la oración, el verbo, se encuentra al final². Sin perjuicio del orden de sintaxis y su importancia para la configuración de un lenguaje, el que la unidad definitoria del mensaje que se pretende transmitir se ubique junto al término tiene consecuencias que impactan mucho más allá del mero uso del idioma³. Si el verbo está al final el hablante transmitirá el contenido crítico solo cuando haya conclusión de expresar la idea, y como consecuencia, el receptor deberá esperar a que todo el mensaje le sea entregado para entenderlo, ya que sin el verbo el significado permanece incompleto. En el conjunto de tales lenguas se encuentran, paradigmáticamente, el alemán y, especialmente, el euskera⁴.

Esta idea, abarcada por los lingüistas y los filósofos del lenguaje⁵, supone que en determinados contextos sociales, como lo son aquellos que discurren en lenguas SOV, la comunicación produzca una forma de comunicación, y a la vez de comportamiento, de los interlocutores caracterizada por la necesidad de la pausa y la paciencia, y su correlato en la impertinencia de la interrupción, ya no solo por motivos de convivencia y respeto, sino que para poder comprender el mensaje que se pretende entregar. Es decir, son lenguajes en que se requiere la calma de dejar hablar todo lo que se debe decir, pues sin

¹ GREENBERG, Joseph. Some universals of grammar with particular reference to the order of meaningful elements. On language. En: DENNING, Keith. y KEMMER, Suzanne (Ed.). Selected writings of Joseph H. Greenberg. Stanford University Press. Stanford. 1963. pp. 40-70.

² PINUER, Claudio y OTEIZA, Teresa. Principios, competencia y anulamientos en el orden de constituyentes oracionales. Revista Signos. Vol. 45. N° 78. 2012. p. 84-85.

³ WISMANN, Heinz. Penser entre les langues (Philosophie) (French Edition). Flammarion. Paru. 2014. p. 45 y ss.

⁴ En tal sentido destaca la exposición del artista gráfico Asisko Urmeneta en su exposición sobre la construcción de la realidad y la visión del mundo a partir de la estructura del euskera, presentada en la UPN el 9 de octubre de 2008. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=XyWgdC8coE>

⁵ IBÁÑEZ SALGADO, Nofa. La Construcción del Mundo en el Lenguaje. Revista de Psicología. Vol. 12. N°2. 2003. pp.71-84.

esa unidad crítica que es el verbo no es posible entender realmente lo que se nos dice⁶. De ello deriva que el comportamiento entre hablantes de esas lenguas haya sido identificado como diverso de, por ejemplo, el comportamiento de quienes hablan lenguas romances, ya que la estructura flexible y móvil de sus elementos de sintaxis permite que el mensaje se entienda tan pronto el verbo ha sido introducido, lo que puede ocurrir en cualquier momento, incluso al principio.

Por lo anterior, es posible señalar que el euskera y el alemán -y otras lenguas que comparten esta estructura- se construyen como una estructura lingüística en que la más importante “institución” es la que cierra todo lo que dice. En un sistema de justicia puede ocurrir lo mismo, aquella institución que cierra el proceso reviste la mayor importancia, tanto que permite caracterizar al sistema completo de atrás hacia adelante, configurando una verdadera visión del mundo en lo relativo a la noción de estado en tanto ejercicio jurisdiccional. Esa institución es la *res judicata*.

Por su parte, la litigación indefinida en el tiempo lleva al caos⁷. Todo sistema de justicia relativamente sofisticado cuenta con una estructura que tiene como punto de cierre un conjunto de reglas que clausuran la actividad jurisdiccional, impidiendo perpetuar la discusión del litigio presente, y, además, prohibiendo que se reinicie en un momento posterior.

Este conjunto de reglas tiene como su exponente más reconocido a la cosa juzgada. El origen de la institución, tradicionalmente asociado a la máxima romana *res judicata*, es posible de encontrar en sistemas normativos mucho más antiguos, como ocurre con la regulación normativa contenida en el Código de Hammurabi en la antigua Mesopotamia en el año 1750 A.C.⁸.

Asimismo, sin importar el contexto geográfico o la cultura en la que el un determinado ordenamiento jurídico se encuentra inmerso estas reglas de cierre son una característica habitual y común, que, sin perjuicio de variar sus efectos específicos, responde a la misma necesidad, poner término a las disputas cuando se ha dictado una decisión vinculante por parte de un tercero imparcial, que resuelve de forma definitiva e inalterable la contienda, proscribiendo la posibilidad de su reapertura.

⁶ WISMANN, Heinz. Op. Cit. p. 45 y ss.

⁷ VESTAL, Allan. Preclusion/Res Judicata Variables: Adjudicating Bodies. Georgetown Law Journal. Vol. 54. N°3. 1996. p. 857.

⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin de un mito. Abeledo Perrot. Santiago. 2010. pp. 7-15.

En el contexto del Proceso Civil, es incuestionable que la cosa juzgada supone una de las piedras angulares del sistema de justicia, y que cumple una función estabilizadora de las relaciones jurídicas vindicadas en sede jurisdiccional, que trasunta, además, en un marco de referencia para la confianza en la institucionalidad, al impedir que las disputas adjudicadas puedan reverse constantemente, generando expectativas entre los justiciables -y los terceros- que el proceso traerá definitividad a la contienda, y que una vez que se agoten las instancias de discusión lo que se decida será efectivamente definitivo.

En ese contexto, las familias jurídicas consideradas tradicionalmente como las más influyentes de la historia contemporánea, el derecho continental o *civil law* y el derecho anglosajón o *common law*⁹, coinciden en reconocer y regular el término del proceso mediante reglas preclusivas que se diagraman con un doble propósito, en primer lugar, concluir el estado litigioso actual tras la dictación de la dedición judicial, y, en segundo término, impedir su repetición en el futuro, salvo excepcionalísimas circunstancias¹⁰. En ambas tradiciones, existe un respeto a la *res judicata* derivado de su naturaleza considerada exclusivamente jurisdiccional, como una manifestación del poder estatal radicado en el ejercicio de la potestad pública entregada a los tribunales, que cumple una función asociada a la certeza y la seguridad jurídicas, así como al correcto funcionamiento del sistema desde una perspectiva de uso racional de los recursos estatales y privados involucrados en la operación del proceso civil¹¹. En cualquier caso, el sistema comprende que esa función puede estar atada a la posibilidad de error en la decisión, la que de renovar la discusión podría ser mejorada en aras de la decisión más cierta, verdadera o real. De esa manera, decimos que el proceso, mediante la *res judicata* sacrifica lo real, a cambio de lo posible.

Desde una perspectiva científica el estudio teórico del proceso civil no puede considerarse acabado sin un completo entendimiento de la función que las reglas que ponen términos a las disputas juegan dentro del andamiaje del sistema. En otros términos, las reglas de cosa juzgada cumplen, además de su rol natural, una función caracterizadora de cada sistema de justicia. En ese sentido, el diseño de un sistema judicial y su funcionalidad procesal civil debe poner el acento no solo en los principios tradicionalmente

⁹ GLENN, Patrick. *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press. Oxford. 2000. pp. 126-128.

¹⁰ MILLAR, Robert. *The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law*. Michigan Law Review Vol. 39. N° 1. 1940. pp. 1-36.

¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto Del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Editorial Civitas. Madrid. 2005. p. 32.

informadores del proceso civil, o en el régimen de recursos que esculpe la estructura aguas arriba del control y revisión de las decisiones, sino que inevitablemente en las normas que utilice para dar estabilidad al cierre de la litigación y prevenir su reiteración. Se produce, en consecuencia, una sincronización entre la elección del modelo de sistema procesal civil y el tipo, amplitud y alcance de las reglas de cosa juzgada.

Lo anterior, no podría ser de otra manera, pues la forma en que el sistema de justicia arbitra los medios para concluir y dar firmeza e inalterabilidad a las decisiones debe ser coherente con el resto de la estructura procesal, y, además ser una manifestación, extraordinariamente relevante, de los objetivos y principios que informan dicho sistema. Asimismo, se dice que estudiar las reglas y configuración de la *res judicata* es estudiar el proceso de forma completa, pero desde el punto final hacia el comienzo, en vez de lo comúnmente hecho en orden inverso, ya que el producto de todo el procedimiento se condensa en la sentencia, la que solo tiene sentido completo en el evento que esté revestida de un carácter inalterable, y las formas de alcanzar dicha inmutabilidad resultan determinantes para comprender el funcionamiento y operatividad del proceso civil.

Desde este prisma, será posible encontrar en las reglas de la cosa juzgada de cada sistema la idea general que subyace al sistema al que viene a clausurar, por lo que una noción centrada en el ideal *ius privatista* del proceso, en tanto noción de mecanismo de resolución de disputas entre particulares que versa sobre bienes jurídicos de su exclusiva propiedad, deberá contener una regulación de la cosa juzgada que haga relación con dicha idea de proceso, en el que las partes son titulares de los derechos y facultades procesales en los mismos términos de que son titulares de los derechos de propiedad sobre los bienes que se disputan. Esta idea del *dominus processus*¹², que encuentra su mejor expresión en el principio de disposición procesal, suele traer aparejada una idea privatista e individual de la cosa juzgada, fundada esencialmente en la idea de proteger el resultado que cada una de las partes ha obtenido en juicio, impidiendo que se vuelva a perturbar al mismo sujeto por el mismo asunto nuevamente¹³.

En esa idea, la cosa juzgada tiene un alcance sometido de forma mediata a la voluntad de las partes, quienes deciden, en ejercicio de su derecho de propiedad sobre la disputa el

¹² TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons. Barcelona. 2009. p. 121. CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Vol. 1. 2011. p. 400.

¹³ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Tratado sobre la disposición del proceso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2017. pp. 26-27.

alcance del objeto del proceso y los sujetos involucrados. En uso de tal prerrogativa estiman qué asuntos, y con qué profundidad, someterán a la tutela jurisdiccional y qué otras cosas no, por lo que el contenido del proceso puede ser moldeado conforme sus designios de forma objetiva y subjetiva. Las partes fijan el objeto del proceso civil, pudiendo reservarse aquello que les parece adecuado para una eventual segunda disputa, quedando las reglas de clausura restringidas al contenido específico de aquello requerido al tribunal y contenido en su sentencia.

Por otro lado, si existe una idea de justicia civil que pone el acento en la noción de proceso civil como sistema o servicio público, como ha ocurrido en parte importante del mundo en los últimos 50 años -en lo que MONTERO llama “Publicización” del proceso civil¹⁴- el dominio de los justiciables se ve moderado por reglas de orden público. No se trata de un abandono del principio dispositivo, sino de establecer determinadas limitaciones que permitan un mejor y más adecuado uso de los recursos estatales que requiere la administración cualquier servicio público, impidiendo el uso arbitrario, en términos de la facultad del dominio, que tradicionalmente se asocia al proceso civil. De esta manera, el alcance de la decisión puede alcanzar un componente más amplio, tanto objetiva como subjetivamente, promoviendo respuestas finales y definitivas que cubren supuestos adicionales de los meramente seleccionados por las partes. En este caso, las reglas de cierre del sistema como la cosa juzgada deberán, en virtud de la coherencia, ser más amplias y extensas respecto, especialmente, de la inhibición de juicios futuros, es decir, aquello que quedará bajo el manto de la cosa juzgada y que no podrá volver a discutirse.

Es entre estos dos modelos que se suele fijar, el diseño contemporáneo de los sistemas de justicia reformados en data reciente, bajo esta descripción por alteridad, encontramos que ningún sistema participa de forma total en un extremo u otro del péndulo, pero si es posible notar un posicionamiento más o menos lejano de cada uno de los extremos.

El propósito de esta investigación es estudiar de forma exhaustiva la manera en que diversos sistemas procesales regulan la *res judicata*, y, de esa manera, poder establecer una noción -hacia atrás- del proceso civil completo en el que encuentran insertas. Para ello se pretende realizar un estudio comparativo entre el modelo procesal civil actualmente vigente en Inglaterra y Gales (desde 1998 con la entrada en vigencia del

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Derecho Jurisdiccional. Tomo II. 27^o edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2019. p. 258.

CPR) como mejor representante del modelo de justicia civil del derecho anglosajón y el sistema procesal civil chileno, atendida su relación cultural académica y jurídica con el autor, como jurisdicción representativa de la tradición del derecho continental. En ese esfuerzo resulta no solo pertinente, sino también indefectible el repaso del proceso civil vigente en España desde la entrada en vigor de la LEC el 8 de enero de 2000¹⁵, que constituye uno de los cuerpos procesales civiles más modernos de nuestra tradición jurídica y una fuente importante de inspiración para el proceso de reformas a la justicia civil conducido en gran parte de Latinoamérica y especialmente en Chile con la presentación del proyecto de Nuevo Código Procesal Civil.

En ese entendido, se pretende que mediante la comparación de sistemas procesales en los términos antedichos se pueda presentar una visión amplia y contemporánea de la justicia civil, que comparte problemáticas y dificultades en prácticamente cualquier país, y que permita aprender de la experiencia comparada para realizar una reconstrucción teórica de las reglas de clausura del proceso, proponiendo la necesidad de una configuración de la cosa juzgada acorde con las necesidades de la justicia en el siglo XXI.

En cuanto a la metodología de la comparación esta investigación tiene un enfoque principalmente funcionalista¹⁶, en el entendido que dicho método responde a la premisa de encontrar respuestas o soluciones a preguntas, interrogantes o problemáticas a través de la realización de un estudio comparado entre instituciones que buscan cumplir la misma función, es decir, dar respuesta al mismo problema, y que pertenecen a estructuras sociales distintas, tradicionalmente países o Estados y en el ámbito del derecho, ordenamiento jurídicos¹⁷.

En cualquier caso, haciendo eco de las críticas que el funcionalismo jurídico ha recibido¹⁸, no se pretende un trabajo que pretenda prescindir de la realidad social y la cultura jurídica y política de cada país comparado, teniendo presente un parámetro estructuralista que

¹⁵ LEY N° 1/2000 BOE N° 7 del 8 de enero de 2000.

¹⁶ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Clarendon Press. Oxford. 1998. pp. 4, 38-40.

¹⁷ *Ibíd.* Véase también. MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. *En: The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press. Oxford. 2006. pp. 340-342. En castellano véase la aclaratoria obra de Alessandro Somma: SOMMA, Alessandro. *Introducción al Derecho Comparado*. Editorial Universidad Carlos III. Madrid. 2014. p. 158 y ss.

¹⁸ VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio. Consideraciones acerca del método funcional y su empleo en la comparación jurídica. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. N°. 26. 2012. pp. 325-330.

sirva como contrapeso del mencionado funcionalismo¹⁹, en el entendido que la comparación de mecanismos procesales como la cosa juzgada debe siempre hacerse en relación a la estructura completa del ordenamiento procesal civil, que se encuentra inmerso en una determinada cultura jurídica y que ésta, a su vez, forma parte de una tradición social determinada²⁰. De esta manera, se pretende construir un contexto general en el que existan problemas comunes en la justicia civil que permitan comparar la respuesta dada en diversos sistemas de justicia, sin pretender una homologación completa de todas las circunstancias que rodean cada ordenamiento, pero considerando la constante universalización de ciertos conceptos e instituciones entre las tradiciones jurídicas más relevantes del mundo occidental²¹.

En cuanto a la estructura de este trabajo se ha decidido presentar una composición de cuatro partes, cada una de ellas centrada en un elemento esencial del curso de la investigación, dentro cada una de ellas se presentan capítulos que pretenden sistematizar de la mejor manera posible la exposición, de forma de entregar la información, crítica y propuestas de la forma más clara posible. En cada una de estas partes se hace presente no solo la descripción de las instituciones, sino también la perspectiva crítica que se ha constatado con en la investigación doctoral, acompañado de propuestas que responden a dichas conjeturas.

La Parte Primera versa sobre la introducción al marco teórico y conceptual de la cosa juzgada en general, centrandose el Capítulo I en la denominación y evolución de la justificación de la existencia de la *res judicata* en ambas tradiciones jurídicas. Por su parte, el Capítulo II explora la idea de origen y “naturaleza jurídica” de la cosa juzgada, principalmente desde una perspectiva que refleja entre el derecho común y el continental. Asimismo, se explora la perspectiva que cumplen las reglas de clausura sobre la epistemología del proceso y la construcción de la premisa fáctica.

La Parte Segunda se presenta como el estudio pormenorizado de la cosa juzgada en el derecho chileno y sus respectivas referencias a la doctrina y legislación española. En su primer capítulo se dedica el estudio de la clasificación distintiva del derecho continental

¹⁹ NELKEN, David. Comparatists and transferability. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY Roderick. Comparative legal studies: traditions and transitions. Cambridge University Press. Cambridge. 2003. pp. 439-440.

²⁰ EBERLE, Edward. The Methodology of Comparative Law. Roger Williams University Law Review. Vol. 16. N° 1. Article 2. 2011. p. 52.

²¹ NELKEN, David. Op. Cit. p. 460.

tradicional referida a la cosa juzgada formal, sus fundamentos y se analiza críticamente su pertinencia y utilidad al día de hoy. Posteriormente, en el Capítulo II, la investigación discurre sobre la configuración de la cosa juzgada material, sus fundamentos normativos, dogmáticos y jurisprudenciales y sus efectos positivo y negativo. En esa sección se trata la idea clásica de la triple identidad como límite a la cosa juzgada y las discusiones teóricas contemporáneas que dicha distinción tripartita ha generado a la luz del alcance de las facultades del juez y el efecto reflejo de la sentencia. Finaliza esta sección con un tercer capítulo dedicado a la operatividad y forma procesal de hacer valer la cosa juzgada en los sistemas estudiados en este apartado.

La Parte Tercera presenta la noción de las reglas de *res judicata* en el derecho inglés, bajo el panóptico de las denominadas normas de “*finality*”, entendidas como definitividad del derecho del *common law*. En el primer capítulo se entrega una visión breve del funcionamiento del sistema jurídico del Reino Unido, su sistema de fuentes y la jerarquía entre ellas, así como el estudio de sus tribunales y la evolución de su regulación procesal civil. El Capítulo II, parte central de la investigación del autor en esta materia, presenta una aproximación al entramado normativo y jurisprudencial que compone la cosa juzgada en un conjunto de reglas no siempre fácilmente diferenciables, que presentan un modelo de cosa juzgada amplio y extendido objetivamente hacia no solo aquello estrictamente juzgado, sino que a todo aquello que pudo haberse hecho valer por emanar de la misma fuente o *cause of action*, en tal sentido se estudian las distinciones tradicionales de la *res judicata* en el derecho anglosajón como la *cause of action estoppel*, el *issue estoppel* y la doctrina *merger*. El Capítulo tercero de la sección explica la idea del “*abuse of process*” o doctrina Henderson, en la que se ha verificado un uso de facultades jurisdiccionales en aras de la protección del sistema de justicia y el uso adecuado de los recursos judiciales ante litigación maliciosa o abusiva, y como con ocasión de su desarrollo casuístico se ha generado una tendencia expansiva de los efectos subjetivos de la cosa juzgada.

La Parte Cuarta supone la reunión de la investigación en una sección en la que se compara lo expresado en las Partes anteriores, realizando una propuesta personal conclusiva de la investigación. El Capítulo I se centra en comparar los modelos de reglas de cosas juzgadas, resaltando en forma refleja cómo operan en cada sistema y como cada uno se haría cargo de forma diferente de situaciones análogas. Finalmente, el Capítulo II expresa la noción contemporánea de proceso civil, indispensable en los procesos de reforma de data reciente en todo el mundo, y como una visión de la justicia civil como un servicio de

adjudicación estatal resulta incompatible con un modelo de cosa juzgada restringido y centrado en una visión privada del proceso.

En ese esfuerzo esta investigación pretende hacer una propuesta personal como conclusión de la investigación que mira a la reconstrucción de la cosa juzgada de forma objetivamente amplía, justificada en la necesidad de mejorar el funcionamiento del sistema desde una perspectiva multidimensional, desarraigando la idea del proceso civil como un bien eminentemente privado, en el que los intereses públicos que subyacen a la existencia de la *res judicata* tengan un rol prevalente.

PARTE PRIMERA

**ORIGEN Y FUNDAMENTOS DE LA EXISTENCIA DE REGLAS DE COSA
JUZGADA EN EL DERECHO CONTINENTAL Y EN EL *COMMON LAW***

CAPITULO I

CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

*"There is no real ending. It's just the place where
you stop the story."*

Frank Herbert

1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS REGLAS DE CLAUSURA DE LA LITIGACIÓN CIVIL, ESPECIALMENTE LA COSA JUZGADA

Cualquier sistema jurídico, desde antiguo, ha considerado la existencia, como una verdadera necesidad, de reglas que clausuren el debate sobre un determinado asunto²². En tal contexto, los diversos ordenamientos jurídicos, desde aquellos asociados a pequeños Estados relacionados con materias municipales hasta temas propios de órdenes jurisdiccionales internacionales asociados a Cortes y Tribunales internacionales, han tendido la necesidad de reglas que pongan fin a la litigación, inhibiendo que esta vuelva a abrirse nuevamente²³. Así, esta noción de definitividad es plenamente identificable en las dos tradiciones jurídicas más relevantes del mundo, el derecho civil (*civil law* en inglés) y el derecho anglosajón (*common law* en inglés) sin perjuicio de los matices que en cada una de ellas puedan presentarse. De la misma manera, al interior de ambas familias legales cada jurisdicción ha regulado, con sus respectivos matices, como deben operar estas reglas de cierre de la litigación.

En ese orden de cosas, este trabajo tiene por objeto la conceptualización de los mecanismos que permiten traducir al proceso estas reglas de clausura del juicio actual y de prohibición de repetición hacia una contienda judicial futura.

Dentro de este marco general de principios y doctrinas que componen estas reglas de cierre es posible sentenciar que la *res judicata* ostenta una posición privilegiada. Lo anterior, en función de un doble fenómeno. En primer término, aquel referido a que la cosa juzgada, en sentido estricto, es la institución más relevante, con mayor y mejor regulación y aquella con mayor reconocimiento de entre aquellas que operan como reglas

²² En el derecho inglés es posible rastrear la *res judicata* con cierta autonomía hasta el siglo XIII. DE BRACKTON, Henry. *Legibus Et Consuetudinibus Angliae*. 1260. p. 296..

²³ . NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin. Op. Cit. pp. 10-12. En inglés véase VESTAL, Allan. Preclusion/Res Judicata Variables. Op. Cit. p. 857; MILLAR, Robert. The premises. Vol. 39 N°1. Op. Cit. pp. 1-36; SINAI, Yuval. Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 21. N°2. 2011. pp. 260-262.

de clausura de los sistemas de justicia²⁴. En segundo término, cabe señalar que bajo la denominación de cosa juzgada se concentran o agrupan varias ideas diversas, que dan origen a distintas doctrinas e instituciones que comúnmente son entendidas como parte de la *res judicata*, aunque conceptual e históricamente correspondan a otro marco teórico o práctico, por ello se tienden a asociar en el lenguaje común de la cultura jurídica interna a la “cosa juzgada” con cualquier institución o conjunto de principios que tenga por objeto restringir la duplicación de la litigación y cerrar el sistema de justicia civil²⁵.

1.1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA COSA JUZGADA EN AMBAS TRADICIONES JURÍDICAS.

La elaboración de un concepto sobre la cosa juzgada supone un ejercicio complejo, y simultáneamente paradójico que, como lo ha señalado COUTURE, desborda notablemente la mera suma de sus dos términos²⁶. Lo anterior, en función de que resulta una institución compuesta y de contornos muchas veces no tan definidos ni definibles de forma sencilla, al punto que ha ocupado a la doctrina y la jurisprudencia durante siglos en su teorización²⁷, incluso de forma excesiva e innecesaria para alguna parte de la literatura²⁸; pero que al mismo tiempo supone una noción casi automáticamente entendida por todos quienes participan del conocimiento jurídico -aunque no se dediquen al derecho procesal- formando parte del acervo cultural indispensable de todo jurista. Es decir, cualquier persona que se relacione con el derecho de forma habitual o haya emprendido estudios de ciencia jurídica de alguna forma tendrá una definición, y hasta cierto punto comprenderá en lo más esencial de su idea, las nociones y contenido de lo que significa la *res judicata*²⁹.

²⁴ CALAZA LOPEZ, Sonia. La Cosa Juzgada. La Ley. Madrid. 2009. p. 20. DE LA OLIVA, Andrés. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 32.

²⁵ Así por ejemplo en Alemania se denomina *Rechtskraft*, siendo traducido como “*recht*” y “*kraft*” que significan “derecho” y “fuerza” respectivamente. En las lenguas romances se habla generalmente de cosa juzgada es sus respectivos usos (cosa juzgada en castellano, chose jugée en francés, cosa giudicata en italiano, coisa julgada en portugués). En ese sentido, véase COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera Ed. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1981. p. 401. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada En El Proceso Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002. p. 10.

²⁶ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 400.

²⁷ Véase en ese sentido SILVA MELERO, Valentín. La cosa juzgada en el proceso civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Vol. 85. N°168. p. 37.

²⁸ De esa forma lo sostiene Nieva Fenoll, quien explica que el concepto de cosa juzgada se ha sobre teorizado desde muy antiguo, existiendo a su haber un enorme cúmulo de doctrinas y construcciones que tienden a ser poco operativas respecto de lo que realmente sería la cosa juzgada. NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin. Op. Cit. pp. 10-12.

²⁹ Así Chiovenda la define como “la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia” CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Vol. 2. p. 412.

Es por lo anterior, que en el derecho continental es posible constatar la existencia de definiciones compuestas, que intentan dotar de importancia al objeto central de esta conceptualización. Dentro de las principales definiciones que comparten este criterio puede citarse a CALAZA quien sostiene que:

“es la noción que define -conforme a la descripción general, o mejor aún, a la visión simplificada, de la que, por razones de sistemática, nos interesa partir- la imposibilidad de alterar -por medio de un nuevo recurso judicial, o en su caso de una nueva demanda -el contenido de una resolución material procesal- en el curso de un único proceso, así como sustantiva o de fondo, en el marco de sucesivos procesos -firme e irrevocable”³⁰.

Aclara este concepto en su entendido LANDONI al expresar:

“La cosa juzgada es la cualidad de inimpugnable e inmutable asignada por la ley a la decisión contenida en una sentencia firme dictada en un proceso contencioso con relación a todo proceso posterior entre las mismas partes (u otras personas afectadas) que verse sobre el mismo objeto y se funde sobre la misma causa”³¹.

Por su parte, DE LA OLIVA sostiene que de cosa juzgada puede hablarse en dos sentidos. El primero sería un estado jurídico en que encuentran ciertos asuntos que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso³². Sería, según dice este autor, lo que antes era litigioso o siendo objeto de pronunciamiento cuando ha sido finalmente adjudicado por el órgano jurisdiccional respectivo de forma definitiva e irrevocable³³. En segundo término, apuntaría a ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales, considerado

³⁰ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 32. Rocco la entiende como “Esa cuestión que ha constituido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales, esto es, una cuestión respecto de la que ha tenido lugar un juicio que la resuelve mediante la aplicación de la norma general en el caso concreto y que, precisamente, por haber constituido el objeto del juicio, se llama juzgada”. ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II. 2º reimpresión inalterada. De Palma. Buenos Aires. 1983. p. 313.

³¹ LANDONI SOSA, Ángel. La Cosa Juzgada: Valor Absoluto o Relativo. Derecho PUCP. N°56. 2003. p. 297.

³² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. p. 94. Véase también DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ DIAZ, Miguel Ángel. Derecho Procesal Civil. Tomo II. 4º edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995. pp. 175-176. Asimismo, es posible contar con la ilustre definición complementaria que de la institución hiciera Chioyenda, quien entiende que la por el efecto de la cosa juzgada “el bien juzgado se convierte en inatacable; la parte a la que el bien de la vida fue negado, no puede reclamarlo más; la parte a la que le fue reconocido, no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a éste goce”. CHIOYENDA, Giuseppe. Op. Cit. p. 447.

³³ En ese mismo sentido puede leerse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile que explica de forma reiterada “Es aquel efecto que producen las sentencias definitivas o interlocutorias firmes o ejecutoriadas, en virtud de las cuales no se puede volver a discutir entre las partes aquella cuestión que ha sido objeto del juicio” Sentencia Corte Suprema Septiembre 23, 2020, Rol: 14784-2020 Considerando Quinto. En el mismo sentido Corte Suprema Agosto 5, 2020, Rol: 21015-2020, Considerando Cuarto. Corte Suprema Septiembre 11, 2017, Rol: 52948-2016, Considerando Cuarto.

como el principal efecto del proceso completo, al sentenciar el fondo de la cuestión controvertida³⁴.

Por su parte, en la tradición del *common law*, pese a que no se entregan muchas definiciones, la *res judicata* ha sido notablemente definida por SPENCER-BOWER al señalar que:

“la cosa juzgada (*res judicata*) consiste en una decisión pronunciada por un órgano judicial u otro tribunal que tenga jurisdicción y competencia sobre la causa de pedir y las partes litigantes, que dispone de una vez, y para siempre, todos los asuntos fundamentales y de fondo decididos, de forma tal, salvo que esta se revierta en apelación, no puede volver a ser litigada entre aquellas personas respecto de quienes afecta la sentencia”³⁵.

De las conceptualizaciones descritas es posible concluir que, sin perjuicio de los matices que cada legislación entrega a la cosa juzgada³⁶, todas coinciden en determinado contenido. Este contenido se relaciona con proporcionar un sistema de cierre del sistema de litigación, que, en términos simples, pretende que las partes que han obtenido una sentencia respecto de una determinada disputa no puedan volver a litigar dicho asunto nuevamente. Este común denominador permite sostener, como de hecho se hace en esta tesis, que ambas tradiciones jurídicas mantienen reglas similares en lo que a definitividad de las decisiones judiciales se refiere, pudiendo identificar en todas las definiciones señaladas anteriormente los elementos comunes la reserva jurisdiccional de la institución, la necesidad de un pronunciamiento sobre el fondo que sea final y el alcance subjetivo respecto de las partes que hubieren intervenido.

En ese sentido, NIEVA concluye que, en consecuencia de lo antes dicho, la cosa juzgada se erige en todo sistema judicial como una regla más simple de lo que se le querido

³⁴ *Ibíd.* En el mismo sentido Isabel Tapia sostiene que “desde el punto de vista de la dogmática procesal, la cosa juzgada hace referencia a determinados efectos procesales que produce una resolución firme dictada sobre un concreto objeto sometido a conocimiento judicial”. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *El Objeto del Proceso. Alegaciones. Sentencias. Cosa Juzgada. La Ley.* Madrid. 2000. p. 135. ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La Cosa Juzgada.* Op. Cit. p. 11. En ese sentido vale la pena destacar la posición de Serra Domínguez, quien sostiene que la cosa juzgada no es en realidad un efecto de la sentencia, sino un efecto del proceso completo, del cual la sentencia solo es el corolario o capítulo final. SERRA DOMINGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Tomo xvi, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil. Edersa, Madrid. p. 702.

³⁵ HANDLEY, K.R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata.* Lexis Nexis. Londres. 2009. p. 1. Esta obra supone la más relevante y citada fuente doctrinaria dedicada exclusivamente a la cosa juzgada en el Reino Unido y en todas las demás jurisdicciones que durante la primera mitad del siglo pasado mantuvieron algún tipo de vínculo político con el Reino Unido. De la misma manera este párrafo transcrito ha sido citado en la jurisprudencia británica en sentencias de referencia obligada en esta materia tales como: *Midland Bank Trust Co Ltd v Green* (No. 1) [1981] 1 AC 513 (Reino Unido); *R v Duhamel* N°2 [1981] 131 DLR (Canadá).

³⁶ Véase Capítulos II y III.

presentar históricamente, toda vez que es sencillamente un prohibición de repetición de juicios, señalando que a su respecto, y sin negar su importancia, se han construido muchos mitos, entendidos como reacciones doctrinarias y teorizaciones de algo que, lo que pretende, es ser una regla pragmática de cierre del sistema³⁷.

1.2 FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA EXISTENCIA DE REGLAS DE COSA JUZGADA ¿POR QUÉ EXISTEN REGLAS DE CLAUSURA COMO LA *RES JUDICATA*?

En términos conceptuales la *res judicata*, y en general las reglas que orbitan en función de ella, suponen el establecimiento de una norma -o conjunto de normas- que cierra un sistema de justicia, mediante el término de la discusión de forma inalterable, entendida como inmutabilidad de la sentencia. A esta inalterabilidad se le agrega como complemento necesario para su operatividad, la imposibilidad de volver a discutir el asunto en un proceso subsecuente. Esta inalterabilidad del proceso no siempre va de la mano con la aplicación correcta del derecho al caso concreto, es decir, con lo que en la tradición del *common law* sería justicia sobre el mérito o justicia substancial³⁸, sino que sitúa al sistema de justicia civil en un conflicto teórico -y no menos práctico- entre, por un lado, la decisión correcta, pero que puede exceder el alcance del proceso y de los medios destinados para la obtención de dicha solución justa; y una decisión final o conclusiva e inalterable, pero no necesariamente correcta. A estos dos intereses en liza se le puede denominar debate entre infalibilidad y definitividad³⁹.

³⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. La Cosa Juzgada: El fin. Op. Cit. pp. 7-15. En un sentido parecido PRIETO-CASTRO, Leonardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho de Madrid. 1968. Volumen I. p. 562. Asimismo, TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. pp. 289-290.

³⁸ Desde finales del siglo XIX hasta la entrada en vigencia del nuevo CPR en Inglaterra y Gales el objetivo del sistema de justicia civil era obtener una sentencia correcta, justicia en los méritos, también llamada sustancial, es decir, un modelo que buscaba la justicia por sobre otros valores presentes en el proceso civil. SORABJI, John. The Road to New Street Station: Fact, Fiction and the Overriding Objective. European Business Law Review, Forthcoming; Law and civil justice special issues in memory of Kurt Lipstein, M. Andenas, N. Andrews and M. Tamaruya, eds., Forthcoming; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 21/2011. p. 8. En Estados Unidos recibe el nombre de *accuracy model* que buscaba la aplicación del derecho correcto a los hechos correctos como objetivo primordial del proceso civil. LAWRENCE, Solum. Procedural Justice. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 2004. p. 244.

³⁹ ATRIA LEMAITRE, Fernando. La Forma del Derecho. Marcial Pons. Barcelona. 2016. p. 40. CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Error y Proceso. Universidad de Chile. 2020. p. 5 Quien más se destaca en la teoría del derecho por plantear este problema es Hart, quien establece como característica de la adjudicación judicial este carácter definitivo, precisamente dada su naturaleza normativa. HART, Herbert L. A. The Concept of Law. Clarendon Press. Oxford. 1961. Traducción castellana de Genario R. Carrió: El concepto de derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. p. 159. El enfoque de la teoría del derecho y la filosofía jurídica sobrepasan las posibilidades de este trabajo, para mayor profundidad, véase. MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. Stanford University Press. Stanford. 2008. LUZZATI, Claudio. La

El conflicto presentado ha sido descrito desde la teoría del derecho y desde el derecho procesal, posicionando la discusión en torno a la forma en que un sistema diseña sus mecanismos de control y tolerancia de los errores, así como su organización judicial⁴⁰. En efecto, la existencia de reglas de clausura -cosa juzgada- va ineludiblemente asociada a la configuración de los mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales de los que dispone el sistema, toda vez que, en general, la inalterabilidad de la decisión contenida en la sentencia requiere que esta no pueda ser modificada por mecanismos correctivos del error judicial, como típicamente son los recursos.

Un sistema de justicia prevé la producción de errores fundado en un problema de acceso a información para interpretar o para conocer hechos, insoslayable -como posibilidad en cualquier ejercicio de averiguación del quehacer humano y su inherente falibilidad- de la que participa el juez, y para ello establece mecanismos de control y corrección de dichos errores⁴¹. La forma en que se diseña orgánicamente el esquema de corrección de errores y la manera de hacerlos valer por las partes a través de recursos procesales supone moldear un sistema de justicia, pudiendo optar entre mecanismos de control centrados en forma horizontal y directa, por un lado, o mecanismos típicamente verticales categorialmente jerárquicos, por otro⁴², diversas instancias, y número de ellas y facultades de los jueces en cada una de ellas. En la decisión de diseño del sistema, las reglas que buscan clausurar el debate tienen un rol relevante, pues operan ante: (i) la improcedencia de medios de corrección del error, o, (ii) cuando dichos medios ya han sido empleados para corregirlo, independiente de que a juicio de la parte el error no haya sido subsanado.

Dicho de otra manera, el momento en que se produce la inalterabilidad de la decisión dependerá del diseño institucional del sistema de justicia de cara a los medios de corrección de errores de que disponga. Así, entre más mecanismos existan más tardará la definitividad en solidificarse sobre la decisión⁴³.

vaghezza delle norme. Giuffrè. Milan. 1990. En castellano BISOGNI, Giovanni. ¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. HART y la regla de adjudicación. Isonomía. México. N° 42, 2015. pp. 09-45.

⁴⁰ MARTINEAU, Robert. Appellate Process in Civil Cases: A Proposed Model. Marquette Law Review. Vol. 63. N°2. 1979. p. 167.

⁴¹ CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Op. Cit. p. 7.

⁴² DAMASKA, Mirjan. Las caras de la justicia y del poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2001. p. 37.

⁴³ GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas: ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico. Ius et Praxis. Vol. 15. N° 1. 2015. pp. 125-129.

Si comprendemos que los jueces no son infalibles, y que por tanto pueden cometer errores dentro del proceso y que éstos redundarán en una decisión incorrecta o “injusta”, entenderemos que es necesario controlar de alguna manera su decisión para intentar mejorar el resultado. Con todo, y aun existiendo mecanismos para revisar el error, es posible que el sistema -los jueces-se equivoque de todos modos, esta equivocación incluso puede deberse a que no se cuente, al momento de tomar de decisión, con toda la información relevante, por ejemplo, si no se dispone en ese momento de medios de prueba que sean de una calidad o fiabilidad suficiente para tomar la decisión en un determinado sentido, y que, de haber estado disponibles, habrían permitido conclusiones diversas⁴⁴.

Así, la forma en que el sistema de administración de justicia tolera la existencia de ese posible error es lo que configura sus reglas de definitividad o clausura, la que se puede (y suele señalarse, como la justificación de la institución de la cosa juzgada) fundar en valores, bienes o intereses diversos al de buscar una sentencia correcta que se apague al mérito del asunto sometido a su conocimiento⁴⁵. Estos valores diversos suelen apuntarse, tal como se verá a continuación, como la certeza o seguridad jurídica, la necesidad de la estabilidad de las relaciones jurídicas, la disponibilidad de medios y el costo proporcionado que debe dársele a cada caso en relación con el resto del sistema⁴⁶. Así, fundado en alguno de dichos valores o intereses, el sistema cierra el debate y otorga definitividad a la decisión contenida en la sentencia, aunque no exista pretensión de corrección absoluta ese contenido⁴⁷.

A continuación, se detalla el fundamento de los valores señalados en el párrafo precedente se ha elaborado en cada tradición jurídica atendiendo a la cultura y evolución de cada sistema jurisdiccional, con énfasis diversos y alcances dispares. Sin embargo, conforme a la experiencia chilena e inglesa, empero, debe señalarse que esta distinción se realiza por motivos metodológicos y de claridad en la explicación, toda vez que, como se verá,

⁴⁴ CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Op. Cit. p.7. Así, la autora señala que “Bulygin insiste en que, ya que los jueces son falibles tanto respecto de sus enunciados sobre normas como de sus enunciados sobre hechos, puede suceder que una decisión sea considerada “jurídica”, pero “incorrecta” o “equivocada” si el juez viola su deber de fallar conforme a derecho, como por ejemplo si se basa en proposiciones fácticas o normativas falsas”.

⁴⁵ Ibid. p. 8.

⁴⁶ Lo que en HITTERS expresa en términos de establecer reglas de cosa juzgada que terminen el debate, pero no lleguen al extremo de una res judicata “divina” completamente inatacable, de forma tal de encontrar “equilibrio” entre seguridad (certeza) y justicia (corrección). HITTERS, Juan. Revisión de la cosa juzgada. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1977. p. 172.

⁴⁷ Hay quienes sostiene que, en estos casos, la sentencia debe estar dotada de una suerte de ficción de corrección o justicia, especialmente si en ella han intervenido tribunales de mayor jerarquía.

es posible encontrar coincidencia, e incluso identidad, en la fundamentación teórica de las reglas de cosa juzgada en prácticamente cualquier sistema de justicia. De la misma manera, las diferencias clásicas entre ambas tradiciones, si bien no han desaparecido, han sufrido una importante mutación producto de la realidad jurídica internacional actual, que ha derribado reglas paradigmáticas de cada una de las jurisdicciones mencionadas, en un tránsito inevitable hacia la armonización de instituciones matrices del proceso civil⁴⁸.

1.2.1 EN EL DERECHO CONTINENTAL, Y EN PARTICULAR EL CASO CHILENO

En este apartado se presentarán las razones teóricas y motivos prácticos que la doctrina española, latinoamericana y chilena en particular han esgrimido para justificar la construcción de reglas de clausura como la cosa juzgada. Asimismo, se hará un repaso de todas las fuentes de derecho continental que, siendo comunes a esta tradición, permitan hacer una cartografía de los pilares sobre los cuales se justifica la cosa juzgada, dentro de los cuales tendrá un rol destacado la idea de política pública de protección contra la doble litigación, la prohibición de repetir juicios y la búsqueda de la seguridad jurídica como herramienta para la paz social.

1.2.1.1 FUNDAMENTO DE LA COSA JUZGADA EN LA SEGURIDAD JURÍDICA

En el derecho continental, y en general en el que más le ha servido de apoyo doctrinario al estudio de la cosa juzgada en Chile⁴⁹, el primer y más importante fundamento esgrimido para justificar la existencia de *res judicata* como regla de clausura es el de la seguridad jurídica, también denominada certeza jurídica o seguridad del tráfico jurídico⁵⁰. Como señala TAPIA, es deseable que exista una institución que garantice la inatacabilidad de los

⁴⁸ VAN DE VELDEN, Jacob. Finality in litigation. The law and practice of preclusión-res judicata (merger and stoppel), abuse of process and recognition of foreign judgments. Kluwer Law International B.V. Países Bajos. 2017. p. 371.

⁴⁹ En ese sentido la cultura procesal chilena ha tomado influencias en diversos momentos de su historia republicana, tales como Alemania y Francia Durante la codificación, Italia durante el siglo XX y particularmente España durante los últimos 50, años. Asimismo, destaca, por motivos culturales e históricos la indeleble referencia a la doctrina y jurisprudencia española en materia de derecho procesal en dicho periodo, de forma tal que sus autores constituyen la literatura de referencia en el área.

⁵⁰ Con tal denominación puede encontrarse en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel, VALLS GOMBAU, José y RIFÁ SOLER, José. Derecho Procesal Práctico. Tomo IV. Formularios y Jurisprudencia sobre el Proceso Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1998. p. 114.

derechos reconocidos judicialmente, toda vez que aporta a la paz social que aquello que ha sido resuelto por los órganos jurisdiccionales no pueda ya ser nuevamente removido⁵¹.

A lo anterior, podemos agregar que dentro de la literatura española es uniforme la idea de que ésta es la piedra angular sobre la que se justifica la existencia de la cosa juzgada, enlazando el concepto de seguridad jurídica con su fuente constitucional⁵². En ese sentido se pronuncian ORTELLS, MONTERO, DE LA OLIVA, TAPIA y CALAZA⁵³, quienes esgrimen que:

“Resultaría de todo punto inconveniente que, una vez atendidas las pretensiones de las partes en un proceso ya resuelto por sentencia judicial firme, pudiese el mismo o distinto juez o tribunal, a su libre albedrío o al antojo de los particulares a quienes les fueran desestimadas las pretensiones, volver a conocer de idéntico objeto litigioso”⁵⁴.

Ahora bien, comprender que se entiende por seguridad jurídica plantea la necesidad de conceptualizar que debe entender por tal, toda vez que, como dice Díez-PICAZO, la seguridad jurídica “puede ser un cajón de sastre, donde caben muchas cosas, pero no todas homogéneas”⁵⁵. Lo anterior, señala el mismo autor, redundando en que el concepto de seguridad jurídica no sólo atiende a las decisiones judiciales, sino a que una serie de

⁵¹ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el art. 222 de la ley de enjuiciamiento civil. Discurso De Ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares Pronunciado El 1 de Diciembre de 2005. p. 18. En ese mismo sentido CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Efectos preclusivos de la cosa juzgada material. Boletín de la Facultad de Derecho. N° 23. 2003. p. 249.

⁵² De esta manera, en España la doctrina esgrime que la seguridad jurídica encuentra su sustento normativo en la Constitución española, específicamente el Art. 9.3, que señala “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” El subrayado es nuestro. De la misma manera lo ha entendido el Tribunal Europeo de Justicia, que ha sostenido que la seguridad jurídica derivada de la cosa juzgada es indispensable, y se configura como una “idea común europea”. *Köbler v. Austria*. (Caso C-224/01). Véase KREMER, Carsten. Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 35. pp. 189-190.

⁵³ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. 18° Ed. Aranzadi. Pamplona. 2019. p. 564. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Derecho Jurisdiccional. Op. Cit. . p. 490. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTON REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. El Nuevo Proceso Civil. 1° edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. p. 607. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Consideraciones sobre la. Op. Cit. pp. 17-19. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del proceso. Op. Cit. p. 95. CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 47. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil. Bosch. Barcelona. 1980. p. 626. CORTES DOMINGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor. Derecho Procesal Civil. Parte General. 4° Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. p. 356.

⁵⁴ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 48.

⁵⁵ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Seguridad Jurídica. En: La seguridad jurídica y otros ensayos. Civitas. Pamplona. 2014. p. 16.

instituciones, a la debida organización del Estado, a la irretroactividad de la ley, la invariabilidad tributaria, la prescripción extintiva y, por supuesto, la cosa juzgada⁵⁶.

Señalado lo anterior, debemos concentrar la atención en como la seguridad jurídica debe ser entendida como “seguridad normativa”, en relación con la certidumbre del sujeto particular en las instituciones jurídicas y políticas, certidumbre que genera confianza, cuestión indispensable para el orden social y el funcionamiento de las instituciones⁵⁷. En un sentido procesal, esa confianza se traduce en la expectativa de los individuos de que ciertas cuestiones pueden considerarse indubitadas⁵⁸. Como señala LÓPEZ “la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica y que no será modificada sino por procedimientos regulares y conductos establecidos de manera previa y clara por el derecho”⁵⁹.

En ese sentido DAMIÁN ha señalado que en la sociedad existiría una necesidad en el establecimiento de límites que traiga a un fin la disputa que ha sido resuelta, la que debe ser luego inamovible, de esta manera, el ciudadano tendrá la garantía de que aquello resuelto por una decisión judicial firme no pueda ser cuestionado de nuevo en el futuro⁶⁰. Con ella, el legislador pretende limitar en el tiempo la situación de incertidumbre que genera el posible ejercicio de un poder jurídico-procesal⁶¹. De forma más clarificadora GUASP señala que la seguridad jurídica es la delimitación clara e inequívoca de la situación jurídico-subjetiva de los ciudadanos, comprensiva de sus derechos, obligaciones y responsabilidades en cada momento⁶², o como ha esgrimido LUNA, la confianza del

⁵⁶ Ibid. pp. 12-14. En el mismo sentido destaca la obra de López de Oñate, quien se refiere a este fenómeno como la certeza del derecho. Véas. También en su idioma original LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. La certeza del diritto. Giuffrè. Milan. 1968. p. 48. MACHADO MARTINS, Priscila. La cosa juzgada constitucional. Editorial Reus. Madrid. 2018. p. 70.

⁵⁷ En tal sentido el Tribunal Constitucional de Chile ha señalado, respecto de la seguridad jurídica, para resaltar su relevancia, que: “La certeza o la seguridad jurídica es una de aquellas que más típicamente se reconocen como finalidades lícitas del derecho, al punto que, muchas veces, los filósofos del derecho se han preguntado si es la justicia o la seguridad su finalidad principal”. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de noviembre de 2018, Rol 1182. Considerando 23°.

⁵⁸ MACHADO MARTINS, Priscila. La Cosa Juzgada Constitucional. Op. Cit. p. 70.

⁵⁹ LÓPEZ OLIVA, José. La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789. Revista Prolegómenos, Derechos y Valores. Vol. 14. N°28. 2011. p. 123.

⁶⁰ DAMIAN MORENO, Juan. El juez ante la Ley. Ed. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 2011. p. 90.

⁶¹ VALLINES GARCIA, Enrique. Preclusión, Cosa Juzgada Y Seguridad Jurídica: A Vueltas Con El Artículo 400 De La Ley De Enjuiciamiento Civil. En: DÍEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (coord.). Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2016. p. 3180.

⁶² GUASP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil: Tomo I. 4° edición. Editorial Civitas. Barcelona. 1998. p. 438.

ciudadano en la seguridad jurídica constituye un elemento esencial para el derecho⁶³. Se atenta contra la seguridad jurídica, entonces si es que, tras la celebración del correspondiente proceso, y estando en estado de firmeza la sentencia, ésta pudiera ser atacada por sucesivos procesos con objeto idéntico⁶⁴.

Como enseña VALLINES, mientras existe en manos de un particular la titularidad para poder ejercer un poder jurídico-procesal que engendra la posibilidad de provocar alteraciones en la situación jurídica, o relaciones jurídicas, de otros sujetos a través de dicho ejercicio, se mantendrán modificables las expectativas jurídicas de aquellos otros justiciables. Luego, el derecho debe buscar la estabilidad, ya que, de lo contrario, como señala este autor: “durante el período de tiempo en el que un poder procesal puede ejercitarse existe, para otros sujetos, incertidumbre —inseguridad— acerca de si esas modificaciones y esos condicionantes van a tener lugar”⁶⁵.

Entonces, como expresa PÉREZ “los conflictos sometidos al conocimiento de los jueces y tribunales permanecerían abiertos de forma indefinida, lo que impediría el ejercicio pacífico de los derechos declarados por aquellos”⁶⁶ y, además, se privaría a los ciudadanos de la “posibilidad de alcanzar un conocimiento detallado y preciso de su situación jurídico-subjetiva, impidiendo que éstos supieran a qué atenerse en el futuro”⁶⁷.

Lo anterior, a juicio de CALAZA, supone la imposibilidad de la jurisdicción estatal de dar respuesta a las necesidades de justicia de la sociedad, con el “consiguiente peligro para la frágil estabilidad de la paz social”⁶⁸. Así, lo que se busca es la posibilidad de generar en el justiciable la idea de previsibilidad en el devenir de las relaciones jurídicas, la que una vez que han sido resueltas por el Estado, de forma favorable o incluso adversa para quien ha formado parte del proceso, lo sean de forma inalterable y definitiva estabilizando las

⁶³ LUNA SERRANO, Agustín. *La Seguridad Jurídica y las Verdades Oficiales del Derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2015. p. 50. El autor sostiene que en el derecho a formación de las denominadas “verdades oficiales” no pretende realmente “establecerse por el Estado la verdad real, sino más bien, procurar, con su formulación, una utilidad consciente de facilitar la vida en comunidad por cuanto lo en ellas afirmado puede ser socialmente aceptado por ser plausible que su contenido pueda corresponderse con la realidad o sea conveniente asumirlo como tal”.Ibid. p. 188.

⁶⁴ PEREZ AGUILERA, Luis. *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso Penal*. Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid. 2018. p. 76.

⁶⁵ VALLINES GARCIA, Enrique. *Op. Cit.* p. 3181.

⁶⁶ PEREZ AGUILERA, Luis. *Op. Cit.* p.77.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ CALAZA LOPEZ, Sonia. *Op. Cit.* p. 19. Asimismo, Montero Aroca sostiene que la irrevocabilidad con la que cuentan las decisiones de los órganos jurisdiccionales es consecuencia de esa misma seguridad jurídica buscada como necesidad por el derecho. MONTERO AROCA, Juan. *Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial*. *Derecho Privado y Constitución*. N°8. 1996. p. 295.

relaciones jurídicas y los intereses jurídicamente relevantes que se mantenían en la indeterminación. La seguridad jurídica se puede mirar, entonces, como fundamento, pero también como consecuencia o como meta u objetivo de la existencia de la cosa juzgada⁶⁹.

En términos más comprensivos sobre el alcance de la seguridad jurídica, como fundamento de la definitividad de las decisiones, DE LA OLIVA ha señalado que la seguridad o paz jurídica se manifiesta en relación a la cosa juzgada de tres maneras, todas de ellas como prohibición o impedimento para: a) que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente; b) que vuelva a entablarse y avance un proceso acerca de un asunto ya definido firmemente por la Jurisdicción; y c) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido, respecto de los mismos sujetos jurídicos⁷⁰.

En el derecho latinoamericano, GERSI, así como COUTURE, sostenían acusando recibo del fundamento sobre la seguridad y certidumbre de las relaciones jurídicas obtenido a través de la cosa juzgada, que:

“podría considerarse la cosa juzgada, como respuesta o, mejor, solución por vía de determinación, a la incertidumbre en el derecho. Las situaciones jurídicas inciertas, quedan aseguradas, fijadas, precisadas, cuando sobreviene a su respecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. De donde, la función propia de tal instituto no debería conectarse con la justicia, sino con la seguridad, en el campo de los valores jurídicos o de los fines que se procuran por los medios del derecho”⁷¹,

⁶⁹ En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile “*Que, en suma, sobre el particular debe concluirse que el instituto jurídico en referencia atañe a los efectos jurídico-procesales del litigio ya concluido en la nueva acción que ha sido propuesta; lo que importa una limitación al derecho que, por regla general tienen las partes para postular acciones de toda clase. Por consiguiente, su objetivo es impedir un nuevo pronunciamiento sobre materias en que ya ha recaído una decisión, reconociéndose un carácter inmutable a las decisiones jurisdiccionales, para lograr una efectiva seguridad jurídica que permitirá una completa certeza, “impidiendo la renovación indefinida de pleitos entre las partes sobre el mismo asunto” Sentencia Corte Suprema Septiembre 23, 2020, Rol: 15711-2018* Considerando Sexto En el mismo sentido Corte Suprema Rol N° 1289-2005 y recientemente, Rol N° 20.520-18 de 14 de noviembre de 2019 y Rol N° 21015-20 de 5 de agosto de 2020. En cuanto a la Jurisprudencia Española véase “Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE” STC 34/2003, de 25 de febrero, en el mismo sentido STC 071/2010, de 18 de octubre de 2010”

⁷⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. pp. 103-105.

⁷¹ GELSI BIDART, Adolfo. Bases positivas para la noción de cosa juzgada. En: Estudios jurídicos en memoria de Eduardo Couture. Facultad de Derecho Universidad de Montevideo. Montevideo. 1957. pp. 341-361.

En ese mismo sentido se pronuncia ALSINA en la doctrina argentina⁷², DEVIS en Colombia⁷³ y PALLARES en México⁷⁴; mientras que la literatura chilena suele sostener, siguiendo a los teóricos más influyentes del siglo pasado, que la justificación de las reglas de la cosa juzgada estriba, finalmente, en una decisión política por sobre una meramente jurídica⁷⁵, que supone una predilección por la seguridad jurídica⁷⁶, en el entendido de impedir la indeterminación en el tiempo de la duración del proceso judicial, así como la concreción de los intereses reivindicados jurisdiccionalmente por los justiciables. Como bien señalaba COUTURE, se trata de “en resumen, (de) una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural sino de exigencia práctica”⁷⁷.

1.2.1.2 FUNDAMENTO APOYADO EN UNA DECISIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA (UTILIDAD PÚBLICA)

De forma concordante, e incluso complementaria con la idea de seguridad jurídica como fundamento expresado más arriba, es posible encontrar, en algunas fuentes, una justificación de las reglas de cosa juzgada como una decisión político-legislativa. Se trata, entonces, de buscar la mejor opción disponible para las capacidades reales del Estado en torno al ya referido debate entre justicia material -decisión “justa” o “verdad”- y certidumbre y estabilidad⁷⁸. En este caso, se plantea que el legislador, ante la opción de permitir la búsqueda de la sentencia más adecuada a la justicia, pero que mantendría los procesos abiertos de forma indefinida, generando incertidumbre y lisa y llanamente caos

⁷² “La necesidad de seguridad jurídica a fin de dar estabilidad a las relaciones de derecho, y que alcanza tanto al derecho substancial como al derecho procesal, bajo la forma de cosa juzgada”. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. Editorial Ediar. Buenos Aires. pp. 133-135.

⁷³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Temis. Bogotá. 2009. pp. 663-665. Y de la misma manera en Perú, véase SEVILLA, Percy. Breves apuntes sobre la cosa juzgada en el proceso civil. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Vol. 7. N°2. 2017. pp. 210.

⁷⁴ PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 12° edición. Editorial Porrúa. México. 1986. p. 439.

⁷⁵ MATURANA MIQUEL, Cristian. Cosa Juzgada. Universidad de Chile. Santiago 2011. p. 41. En el mismo sentido cuando se refiere al recurso de revisión señala que el CPC chileno restringe las hipótesis de revisión al hacer primar la seguridad jurídica que viene dada por la cosa juzgada. Véase. MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian. Los Recursos Procesales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010. p. 574.

⁷⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 17.

⁷⁷ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 407.

⁷⁸ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 50. En ese sentido resulta célebre la cita a Díez-Picazo: “Si convenimos en que hay una exigencia de seguridad jurídica en que los litigios tengan un final y en que lo en ellos decidido no pueda volver a ser objeto de un proceso idéntico y en que el resultado vincule al juez de un futuro proceso, estamos conviniendo en que ese final puede ser injusto y en que esa injusticia puede ser tanto sustantiva como procesal, es decir, que una sentencia con fuerza de cosa juzgada puede haber sido dictada en un proceso en el que concurrían motivos de nulidad de las actuaciones”. DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras. Tribunales de Justicia. N° 2. 1998. pp. 129-130.

respecto a las relaciones jurídicas que se mantienen en estado de incerteza y pendencia, en contrapartida al establecimiento de un límite respecto del cual la sentencia se vuelve inalterable, prefiere esta última por considerarla más adecuada a los fines de la paz social⁷⁹. En ese sentido, se trata de una decisión de política pública⁸⁰, por la cual el Estado elige imponer reglas de definitividad o clausura en aras de un nivel aceptable de paz social⁸¹, mediante la normalización y estabilización de las relaciones jurídicas. En términos de CHIOVENDA, son razones de oportunidad política, de utilidad social, las que aconsejan poner un término a la investigación judicial⁸², en desmedro de la verdad.

En esta toma de decisión, entre dos valores relevantes, el legislador considera qué fines le parecen más propios de acuerdo al modelo de sociedad que se pretenda, de forma tal que la laxitud de la revisión (llamada también impugnación) de la cosa juzgada funciona como baremo sobre el interés del Estado, operativizado a través de su sistema de justicia, en cuanto a preferir certezas no ajustadas a la realidad versus la búsqueda, y dicho sea de paso, no siempre posible ni concluyente, de la sentencia materialmente justa⁸³.

Es decir, como correctamente ha señalado PÉREZ:

“La cosa juzgada se erige como el principal instrumento de Derecho público del legislador para arbitrar la contienda, toda vez que, en función de la rigidez o laxitud con la que proceda a su regulación, aumentará o reducirá, siempre aplicando criterios de conveniencia política y social, las opciones de revisión de las decisiones judiciales, antes de que éstas pasen definitivamente a ser inatacable”⁸⁴.

Lo anterior se menciona como una decisión política, toda vez que, pese a la común noción de indispensabilidad de la cosa juzgada para el ejercicio de la jurisdicción y el funcionamiento del proceso⁸⁵, existen ordenamientos jurídicos en que su presencia se ve jibarizada, disminuyendo su alcance y contenido. Con todo, si aún se pensare que resulta indispensable mantener reglas de clausura del sistema de justicia, no puede obviarse el que existe la posibilidad de regular sus límites -amplitud, impugnabilidad, temporalidad

⁷⁹ Pallares sostiene que “El Estado se ha visto en la necesidad de sacrificar los ideales de justicia irreprochable, en pro de la estabilidad de los derechos subjetivos” PALLARES, Eduardo. Op. Cit. p. 440.

⁸⁰ Lo que Liebman refiere como “conveniencia política y social”. LIEBMAN, Enrico Tullio. Efficacia ed autorità della sentenza. Giuffrè. Milano. 1962.

⁸¹ PEREZ AGUILERA, Luis. Op. Cit. p. 73.

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. Saggi di Diritto Processuale Civile. Vol II. 1931. p. 400.

⁸³ En ese sentido señala Capelletti, el proceso puede concebirse como una herramienta social, en búsqueda del bienestar general. En resumen, la configuración del tipo de proceso civil que se diseña no es nuestra. CAPELETTI, Mauro. Proceso, ideología, sociedad. Ediciones jurídicas Europa-America. Buenos Aires. 1974. p. 18. En el mismo sentido, en Austriaco KLEIN, Franz. Zivilprozess Oesterreichs. Mannheim. Berlín. 1927. p.186.

⁸⁴ PEREZ AGUILERA, Luis. Op. Cit. p. 73

⁸⁵ ATRIA LEMAITRE, Fernando. La Forma del Derecho. Op. Cit. p. 151.

y alcance-, lo que supone una decisión de diseño del proceso civil que inevitablemente deber ser tomada en forma político-jurídica. Así, como ha señalado TAPIA “la cosa juzgada y sus límites habrán de compadecerse con las vicisitudes sociopolíticas de la esencia misma del proceso como cauce necesario de la función jurisdiccional”⁸⁶.

Por su parte, a nuestro juicio, idealmente esta decisión debe ser tomada a través de los órganos legislativos pertinentes, en función de la prevalencia que se le da a los valores en pugna comentados en este y los anteriores acápites, siendo el legislador, cuando diseñe la institución de la *res judicata* en el contexto de la regulación procesal civil, quien se plantee esta dicotomía y decida como resolverá de acuerdo a la realidad social imperante en un determinado momento, y el interés subyacente que considere más importante⁸⁷, no pudiendo desconocer las “vicisitudes sociopolíticas de la esencia misma del proceso como cauce necesario de la función jurisdiccional”⁸⁸.

1.2.1.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS: DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Dentro de la doctrina procesalista más influyente de Europa continental y Latinoamérica es posible encontrar como uno de los principales sustentos de la existencia de la cosa juzgada la idea antes mencionada de seguridad jurídica conceptualmente enlazada con la construcción teórica de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales⁸⁹. Lo anterior, se enmarca dentro del proceso de internalización y visibilización de derechos y/o garantías procesales dentro del marco de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁹⁰. En ese sentido como señala PICÓ, ha existido una constitucionalización de los derechos fundamentales, en el que “la verdadera garantía de los derechos de las personas consiste precisamente en su protección procesal”⁹¹.

⁸⁶ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Consideraciones sobre la. Op. Cit. p. 19.

⁸⁷ Ibid. p. 20. En otro trabajo la autora plantea que, debido a este criterio político-social es posible que a lo largo de la historia hayan existido distintos modelos de cosa juzgada, condicionados a los momentos sociopolíticos imperantes en cada uno de ellos. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Efectos objetivos de la cosa juzgada. En: Efectos jurídicos del proceso. Cuadernos de Derecho Judicial. 1999. pp. 168 a 171.

⁸⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada (Estudio de Jurisprudencia Civil). Dickinson. Madrid. 2010. p 17.

⁸⁹ Por ejemplo, en Brasil, MARINONI, Luiz. El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. Ius et Praxis. Vol. 18. N°1. 2012. pp. 250.

⁹⁰ A esto Capelleti le denomina “fundamentalización” o “constitucionalización” de las garantías de las partes en juicio. CAPELLETI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends. Stanford Law Review. Vol. 25. N° 5. 1973. p. 655. En el mismo sentido se presenta TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. pp. 63-65.

⁹¹ PICO I JUNOY. Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Bosch. Barcelona. 1997. p. 19.

En ese contexto, se tiende a considerar, incluso a la propia cosa juzgada, como el vehículo por el cual se garantiza la seguridad jurídica, la que deviene indispensable tanto para el funcionamiento estatal, como para el resguardo de los derechos de los individuos. Así, como expresa MACHADO, se señala que “para que se pueda hablar de Estado de Derecho es necesario que exista estabilidad y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas”⁹². En ese sentido, COUTURE señala que una sentencia que no tiene por objeto concluir un proceso con autoridad de cosa juzgada, es decir, de forma definitiva, no puede ser siquiera parte de un proceso, sino que sería solo un mero procedimiento⁹³. En el mismo sentido, LOURIDO ha mencionado que, independiente del reconocimiento positivo normativo, la cosa juzgada se erige como un derecho fundamental de los justiciables, imponiendo como norma de conducta a los órganos jurisdiccionales la vinculación a lo decidido originalmente por sentencia firme anterior⁹⁴.

En España, la literatura se inclina por sostener que la cosa juzgada encuentra fundamento constitucional, en primer lugar, en el Art. 24.1 de la Constitución Española⁹⁵ y el Art.6 de la CEDH⁹⁶, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁷. Se trataría de que la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables comprende necesariamente la eficacia de esas decisiones⁹⁸, la que se vería comprometida si se permitiera un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto. PICÓ ha expresado a este respecto que la cosa juzgada como garante de la inmodificabilidad de las sentencias judiciales no es un fin en sí misma, sino “un instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial”⁹⁹. Así, sin la cosa juzgada para dar corolario al proceso “la tutela judicial que un ciudadano obtuviera sería poco firme”, equivalente a una época previa a las constituciones modernas

⁹² MACHADO MARTINS, Priscila. La Cosa Juzgada Constitucional. Op. Cit. p. 76.

⁹³ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 411.

⁹⁴ LAURIDO RICO, Ana. La cosa juzgada y su tratamiento procesal en el L.E.C. A Coruña. Tórculo. 2001. p. 58.

⁹⁵ Artículo 24 de la Constitución Española: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

⁹⁶ ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Artículo 6 Derecho a un proceso equitativo. En: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Ed.) Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3º Edición. Civitas. Madrid. 2015. p. 203 y ss.

⁹⁷ Esta afirmación doctrinal encuentra, tanto fuente como respaldo, en un gran cúmulo de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. RUBIO GARRIDO, Tomás. Cosa juzgada y tutela judicial efectiva. Derecho Privado y Constitución. N° 16. 2002. p. 264.

⁹⁸ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 48.

⁹⁹ PICO I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales. Op. Cit. p. 69. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un estado de derecho y como presupuesto para la globalización. En: El Derecho Procesal Español en el Siglo XX a golpe de Tango. Homenaje a Juan Montero Aroca. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. pp. 339.340.

en que la potestad decisora sobre sus derechos quedaba entregada a la voluntad de entes con poderes monárquicos, feudales o eclesiásticos¹⁰⁰, lo que significaría, en los hechos, “que sus derechos e intereses, en teoría definidos formalmente como legítimos, serían, en verdad, inestables y, a la postre, acaso puras ilusiones. O sea, equivaldría en la sustancia a una denegación de tutela judicial, cosa vedada *in radice* por el propio art. 24”¹⁰¹.

Por su parte, se señala que, en segundo lugar, que la justificación constitucional de la cosa juzgada es la idea e institución misma de la jurisdicción, y que ambos conceptos resultan imposibles de disociar¹⁰². De esta manera, ORTELLS lo resume señalando que el fundamento constitucional último de la cosa juzgada es “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un proceso con garantías”¹⁰³. Por su parte, MONTERO es de la idea de que, en lo referido al fundamento constitucional de la cosa juzgada, debe estarse a lo dispuesto en el Art. 117 de la Constitución Española¹⁰⁴, más que al Art. 24.1; esto pues la *res judicata* constituye una emanación de la jurisdicción, y que, por consiguiente, desconocer la eficacia de lo resuelto, irrespetando la cosa juzgada, supondría un ataque a la jurisdicción misma¹⁰⁵.

En el ordenamiento jurídico chileno la discusión en torno a la justificación de la cosa juzgada, como parte de un derecho fundamental, no ha sido, hasta hace poco tiempo,

¹⁰⁰ RUBIO GARRIDO, Tomás. Op. Cit. p. 275.

¹⁰¹ *Ibid.* El autor agrega, citando al Tribunal Constitucional Español que “sólo así pueden obtener completa satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultarían incompatibles con la tutela eficaz (STC 167/87)” En el mismo sentido PICO i JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales. Op. Cit. pp. 69 y 70. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Español ha señalado que “Este Tribunal ha sostenido en diversas ocasiones que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible, además de con el principio de seguridad jurídica —en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE” (STC 62/1984, de 21 de mayo. FJ 5)

¹⁰² ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Introducción al derecho procesal. 7º edición. Marcial Pons. Barcelona. p.16.

¹⁰³ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. 565.

¹⁰⁴ Art. 117.3 de la Jurisdicción Española. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

¹⁰⁵ MONTERO AROCA, Juan. Cosa Juzgada, Jurisdicción. Op. Cit. p. 295. El autor agrega en su artículo que, en realidad, la noción del Art. 24.1 como fundamento principal responde a una cuestión práctica, toda vez que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español en lo referido a la cosa juzgada se realizan mediante resoluciones sobre recursos de amparo constitucional, los que tienen por objeto proteger los derechos fundamentales del individuo, siendo esa la razón de la invocación del Art. 24.1, pues se encuentra en el catálogo de derechos tutelables por dicho recurso, y no el 117 que atiende a una norma de organización estatal y no a la consagración de garantías individuales. Véase. p. 268. En el mismo sentido MONTERO AROCA, Juan *et al.* Derecho Jurisdiccional. Op. Cit. p. 492.

particularmente explorada, posiblemente debido a la segmentación de la ciencia jurídica que ha mantenido a la cosa juzgada dentro de los rediles del derecho procesal y el derecho civil, en su caso¹⁰⁶. Concomitantemente, en el periodo final del siglo XX y el inicio del XXI los ordenamientos jurídicos han sufrido de una notoria constitucionalización de sus instituciones, en lo referido al llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales consagrados en las cartas magnas de cada país, así como una notoria influencia de la normativa y jurisprudencia fundada en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y las Cortes que les sirven de sede jurisdiccional para su interpretación. En ese contexto se habla del denominado Debido Proceso¹⁰⁷, que, aunque en la legislación chilena no exista norma que le denomina expresamente como tal, se entiende como el conjunto de garantías del justiciable, que, como señalan CARBONELL Y LETELIER se erigiría como mecanismo de control de dos potestades del Estado moderno: la potestad legislativa y la potestad jurisdiccional¹⁰⁸.

Asimismo, otra parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional chilena han adscrito a la existencia en la carta fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, en términos muy similares a la construcción teórica española, pero con la dificultad de no contar con texto expreso que use la misma nomenclatura, generando problemas de interpretación entre los conceptos de debido proceso y tutela judicial efectiva¹⁰⁹.

En ese contexto, las obras más recientes dedicadas al estudio de la cosa juzgada tienden a seguir la idea tratada en España, siendo reconocibles ambos argumentos, tanto los delimitados en el contexto de los derechos fundamentales, como aquellos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional mencionados por la literatura de dicho país en los párrafos

¹⁰⁶ MACHADO MARTINS, Priscila. La Cosa Juzgada Constitucional. Op. Cit. p. 91. En el mismo sentido, véase también ROMERO SEGUEL, Alejandro. Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26. 1999. p. 507. También en ROMERO SEGUEL, Alejandro. La cosa juzgada. Op. Cit. pp. 134-140.

¹⁰⁷ En la literatura española destaca la obra comparativa del concepto de “Due Process of Law” llevada a cabo por Iñaki Esparza. Véase. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El Principio del Proceso Debido. Bosch. Barcelona. 1995. En ese sentido, parece razonable señalar que la Constitución española no contempla una noción explícita de “Debido Proceso”, sin perjuicio de que Esparza considere que podría introducirse en el art. 24.2 “se considera de forma mayoritaria que el art. 24.1 hace referencia al derecho a la jurisdicción (derecho de acción), es por tanto un derecho de acceso y no comprendido, por ser cosa distinta, en el proceso debido. Donde encajaría propiamente el proceso debido, en cualesquiera de sus acepciones, es en el art. 24.2 que, y siempre a decir de la doctrina mayoritaria, recoge las garantías que, ya dentro del proceso, aseguran con su cumplimiento el carácter de debido al proceso al que se apliquen”

¹⁰⁸ CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl. Debido Proceso y Garantías Jurisdiccionales. En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (ed.). Curso de Derechos Fundamentales. Tirant lo Blanch. Santiago. 2020. p. 359.

¹⁰⁹ BORDALI SALAMANCA, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. Revista Chilena de Derecho. Vol. 38. N°. 2. 2011. p. 314.

anteriores. Para ello se argumenta siguiendo una noción de justificación individualista derivada de la consagración de los derechos fundamentales, en el Art. 19 N°3 de la Constitución Chilena¹¹⁰. El mencionado artículo no consagra en términos explícitos un “derecho” al debido proceso o a la “tutela judicial efectiva”¹¹¹, sino que expresa “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, expresión que se ha hecho asimilable a su contraparte hispana debido a la influencia y reminiscencias a la Constitución española¹¹², permitiendo una interpretación del contenido del artículo que dé cuenta de la existencia de una macro garantía que incumbe un contenido procesal mínimo, que se ha entendido comprende la noción de debido proceso¹¹³.

Dentro de ese contenido mínimo interesa la justificación contenida en el inciso 4° del mismo que expresa “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”, cuyo alcance ha sido asimilado a las reglas antedichas de observancia procesal esencial en el contexto del acceso a la jurisdicción. Es así como podría sostenerse, tal como lo hace la doctrina española¹¹⁴, que el derecho fundamental incluye, dentro de su racionalidad y

¹¹⁰ Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: N° “3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

¹¹¹ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Estudios constitucionales. Vol. 11. N°2. 2013. pp.235.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Lo que Carbonell y Letelier llaman “Ramillete” de derechos procesales. CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl. Op. Cit. p. 20.

¹¹⁴ Entendida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Véase MACHADO MARTINS, Priscila. La Cosa Juzgada Constitucional. Op. Cit. p. 91. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 21.

justicia, la idea de no reiteración del proceso, de estabilidad e inmutabilidad de la decisión por parte de los justiciables.

Así, el Tribunal Constitucional chileno no cuenta con una línea constante de doctrina respecto al contenido de las garantías judiciales de los ciudadanos, por ejemplo, en un caso ha señalado que la garantía contendría:

"acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del proceso, además del derecho a participar en los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho de acción, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación [...]"¹¹⁵

Mientras que en otros casos ha sido más exhaustivo mencionando que comprendería el: *"inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional [...]"¹¹⁶.*

Atendida la idea de que la tutela judicial efectiva estaría presente en las disposiciones constitucionales chilenas, BORDALI ha señalado que puede integrarse el ambiguo contenido a la luz de la jurisprudencia y doctrina que otros países han hecho en sus cartas fundamentales, y que han servido de origen para dicha construcción teórica, como son el caso de España e Italia¹¹⁷. Señala que forma parte de la tutela judicial efectiva el “derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, derecho que incluye contenidos como: i) a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respeto de la cosa juzgada)”¹¹⁸.

En ese mismo sentido es posible encontrar pronunciamientos del Tribunal Constitucional -en este movimiento errático y pendular de su jurisprudencia-chileno en los que se señala, que la importancia de la cosa juzgada es esencial para el ordenamiento jurídico y que, sin perjuicio de desarrollar mayormente la idea, su justificación se origina, en lo que jerarquía normativa se refiere, en la propia constitución:

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de enero de 2010, Rol 1535.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de junio de 2010, Rol 1373.

¹¹⁷ “Si consideramos que se trata de derechos diversos y tomando en consideración la doctrina y jurisprudencia de países como España e Italia, donde se ha dado un amplio desarrollo de estas garantías, concluiré que del elenco de derechos que ha dado nuestro Tribunal Constitucional, solo forman parte del derecho a la tutela judicial los siguientes contenidos” BORDALI SALAMANCA, Andrés. Análisis Crítico de... Op. Cit. p. 329

¹¹⁸ *Ibíd.*

“La institución de la cosa juzgada resulta una piedra angular en el sistema procesal, con el objeto de darle eficacia a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, las cuales adquieren esta autoridad de cosa juzgada una vez que se encuentren firmes o ejecutoriada. La Constitución se desarrolla en la legislación: la legislación se desarrolla en la cosa juzgada, la que no es solo la ley en el caso concreto, sino la justicia prometida en la Constitución. Y dicha justicia dice relación con una estricta sujeción al respecto de las garantías constitucionales, entre las que se encuentra el debido proceso, que asegura la cosa juzgada y el derecho a interponerla como acción y excepción”¹¹⁹

En ese mismo sentido, MATURANA sostiene que la Constitución contiene dentro de la garantía del Art. 19N°3 la idea de que la justicia y racionalidad del procedimiento deben llevar a una sentencia que, revista la autoridad de cosa juzgada, señalando:

“En consecuencia, de todo lo dicho no cabe duda de que la seguridad jurídica que brinda la cosa juzgada es una nota esencial y trascendente para la existencia del debido proceso, el que como supuesto de justicia tiene para ser debido que para la dictación de la sentencia se hayan respetado sus reglas básicas de laissez faire, puesto que, si así no fuera, nos encontraremos ante una sentencia aparente o seriamente viciada”¹²⁰.

Por último, de igual manera, el Art. 8° de la Convención American de Derechos Humanos sirve el mismo propósito¹²¹. En primer término, se establecen las “Garantías Judiciales”

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha, Rol 3015-2016. Considerando Décimo Quinto.

¹²⁰ MATURANA MIQUEL, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 34.

¹²¹ Vinculante para el ordenamiento jurídico chileno en virtud del Art. 5° inciso segundo de la Constitución Política de Chile.

Convención Americana de Derecho Humanos. Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

lo que aporta claridad ante los silencios de las normas constitucionales, y establece de forma clarificadora el contenido esencial de la garantía¹²². De esta manera, es posible construir, dentro del inciso primero la idea de “determinación” de los derechos, el alcance final de la decisión judicial, fundada en los mismos criterios de certidumbre que asisten los fundamentos constitucionales revisados anteriormente. Así, se expresa el principio *ne bis in idem* en el numeral 4 del artículo citado: “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”, el cual es entendido como la prohibición la persecución penal múltiple, puede servir de argumento para la justificación de la cosa juzgada en sede civil. Como se ha descrito antes, en materia de Derechos Humanos, el alcance de las garantías redactadas en el Art. 8 no se circunscribe al ámbito penal, por más que su redacción sea indiciara de aquello, toda vez que la correcta interpretación del artículo en armonía entre sus numerales permite sostener que dichas prevenciones son aplicables a procesos civiles, laborales y de familia¹²³, en tanto sean compatibles, tal como señala la parte final del numeral 1 del artículo en comentario¹²⁴.

A su turno, también es posible encontrar referencias a la justificación o fuente de la cosa juzgada en los capítulos de la Constitución que versan sobre el poder judicial y la organización y las potestades de los tribunales. Es así que la asociación de la jurisdicción

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹²² De la misma manera, teniendo presente la parte de la doctrina chilena que se inspira en la noción española e italiana de tutela judicial, puede citarse lo dispuesto en el Art. 6° de la CEDH, en lo relativo al derecho a un proceso equitativo, público y dentro de un plazo razonable. En ese sentido véase: ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBARRIA GURIDI, José Francisco. Op. Cit. pp. 203-205.

¹²³ Tal como lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte Interamericana *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. 2001. En ese sentido véase CARRETTA MUNOZ, Francesco. La desformalización del proceso judicial de familia e infancia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 42. 2014. p. 485. PALOMO VELEZ, Diego; MATAMALA SOUPER, Pedro. Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Vol. 19. N° 2. 2012. p. 234. Con matices véase CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl. Op. Cit. p. 22.

¹²⁴ En tal sentido la Corte Interamericana ha sido consistente, señalando en el caso *Tribunal Constitucional Vs. Perú* (2008) Párrafo 70 “*Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal*”. En el mismo sentido véase *Ivcher Bronstein Vs. Perú* (2001) párrafo 103.

como acto atribuible exclusiva y excluyentemente a los actos jurisdiccionales es reconocido latamente en Chile tanto por doctrina como por jurisprudencia. Así se sostiene que la fuente principal de la *res judicata* se encuentra en el Art. 76 de la CPR que explicita: “*la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.*”¹²⁵, lo que ha sido entendido como “la inmutabilidad de los derechos adquiridos en juicio como efecto de la institución de la cosa juzgada”¹²⁶.

1.2.1.4 ARMONÍA PROCESAL: COHERENCIA Y CONGRUENCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA EVITANDO SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

La existencia de las reglas de clausura de un sistema de litigación, como la cosa juzgada, cumple una función asociada a la terminación de las disputas resueltas a través de la justicia, sin embargo, es posible distinguir, además, un objetivo profiláctico para con el sistema de justicia en su totalidad, asociado a lo que NIEVA llama prohibición de repetición de juicios,¹²⁷ es decir, se pretende evitar un doble pronunciamiento sobre un mismo asunto por parte de los tribunales. En consecuencia, la idea misma de la cosa juzgada es evitar que exista más de una sentencia en que se arribe a la resolución definitiva de un mismo asunto, es decir, impedir que haya dos pronunciamientos idénticos, en que se dicte un acto de autoridad que verse sobre el mismo contenido-¹²⁸. Lo anterior, debido al menos a dos razones.

La primera razón ha sido tratada en el acápite sobre utilidad pública de la cosa juzgada y en el inmediatamente posterior a éste¹²⁹, relativo a la economía procesal¹³⁰, y la utilización de recursos estatales en la resolución de conflictos privados. La segunda razón, guarda relación con el mandato que la cosa juzgada engendra para inhibir el pronunciamiento de nuevas sentencias sobre idéntico asunto en función de evitar que dichos fallos puedan ser contradictorias entre sí. Se trata, en consecuencia, de buscar la coherencia del sistema,

¹²⁵ En ese sentido véase la *Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de junio de 2018*, Rol 3054-2016. “*En cuanto a la vertiente procesal del principio de non bis in ídem, por una parte, están las reglas del debido proceso puesto que sería una garantía de un procedimiento e investigación racional y justo. Sin embargo, podríamos entender que una de las variantes del principio se encuentra consagrado de modo indirecto al establecer la prohibición de que el “Presidente de la República y el Congreso Nacional pueda “hacer revivir procesos fenecidos” (artículo 76 CPR). Este precepto viene reiterándose en la larga trayectoria constitucional chilena como una manifestación del principio de cosa juzgada*”

¹²⁶ MATURANA MIQUEL, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 39.

¹²⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. La Cosa Juzgada: el fin. Op. Cit. p. 9-11.

¹²⁸ En realidad, más que cualquier otro que no sea uno, ya que la regla impide cualquier nuevo juicio. No se trata de evitar “dos juicios iguales” sino de proteger que haya solo uno y ninguno más que uno.

¹²⁹ Véase *infra* 1.3.1.2

¹³⁰ Véase *supra* 1.3.1.5

impidiendo que las partes, o al menos una de ellas, busque una nueva satisfacción de su interés en la sede jurisdiccional cuando no ha quedado satisfecha por el resultado del primer proceso radicado en la sentencia que dado respuesta a su solicitud.

Esta idea profiláctica se cumple a través de los denominados efectos o funciones negativa y positiva de la cosa juzgada. La primera impide la repetición de un proceso cuando el objeto es completamente idéntico, evitando el riesgo de que existan dos sentencias sobre el exactamente el mismo asunto que sean total o parcialmente incompatibles entre sí. La segunda, denominada función positiva, alude a que, en un segundo proceso, en el que no existe identidad objetiva, pero sí una vinculación lógico-jurídica o prejudicial entre ambos procesos (típicamente del primero como antecedente del segundo) el tribunal no pueda desconocer aquellas cuestiones que ya han sido falladas en el primer juicio, de forma que existe entre ambos fallos una coherencia inter-procesos, que dota a ambas decisiones de armonía y consistencia¹³¹.

Esta idea puede justificarse no solo en la protección de los intereses individuales de los justiciables en el sentido de evitar tener pronunciamientos incompatibles sobre sus derechos o intereses tutelados, sino que también apunta a resguardar al sistema de justicia en su conjunto ya que supone mantener el prestigio y respeto en los jueces y magistrados que ejercen la potestad jurisdiccional¹³², cuestión de capital importancia para la sana convivencia social y el mantenimiento del Estado de Derecho, evitando que mediante las decisiones contradictorias se pierda la confianza de los ciudadanos en los órganos jurisdiccionales como mejor alternativa de solución de sus controversias¹³³.

Esta misma idea, que justificaría la cosa juzgada, sirve también de fundamento a otras instituciones que pretenden evitar la contraposición de decisiones judiciales, como es el caso de la litispendencia y la acumulación de procesos (también denominada de

¹³¹ Véase *infra* Parte Segunda 2.2 y 2.3

¹³² CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. pp. 19-20. En el mismo sentido el Tribunal Supremo Español ha declarado “*La sentencia al decidir sobre el fondo crea una situación de estabilidad, que no solo permite actuar en consonancia con lo resuelto (...) para que la institución opere por motivos de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional*” (énfasis añadido). STS 25 Febrero de 1984. En idéntico sentido STS 5 octubre de 1983.

¹³³ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. pp. 19-20. A nivel europeo KREMER ha señalado que: “El TJ técnicamente no está obligado a fallar respecto del precedente. Sin embargo, en la práctica sí sigue sus sentencias anteriores. Aparte de esto el TJ exige de los tribunales nacionales que sigan sus sentencias, aunque no estén incluidos en el caso que dio origen a la sentencia (por ejemplo por una petición de cuestión prejudicial). En este sentido, en la literatura se habla de un efecto vinculante de las sentencias que resultaron del procedimiento de cuestiones prejudiciales según artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Véase KREMER, Carsten. Op. Cit. p. 190.

“autos”)¹³⁴, por los cuales se evita la contradicción de decisiones sobre asuntos vinculados por diversas vías, como la de la inhibición de procesos paralelos idénticos, ya sea mediante su concentración en uno solo, o mediante la suspensión y/o terminación del proceso subsecuente¹³⁵.

Incluso, se sostiene que la existencia de ellas supone una vía indirecta de protección de la cosa juzgada, al tenor de la similitud, especialmente en la identidad de objeto requerida por la litispendencia y la acumulación¹³⁶. Sin embargo, parece correcto señalar que lo que en realidad se protege es, precisamente el fundamento mismo aquí comentado que es común a todas ellas, es decir, el deber de armonía y consistencia que el ordenamiento busca en las decisiones de los órganos adjudicativos¹³⁷. Por consiguiente, se trata de herramientas de protección del mismo objetivo que la cosa juzgada, más que protectoras de la cosa juzgada en sí misma, que responden a la idea de coherencia y armonía antes expresada.

1.2.1.5 RAZONES DE ORDEN ECONOMICO PROCESAL Y RECURSOS PÚBLICOS

Finalmente, es posible señalar como un fundamento de la cosa juzgada, la idea que descansa sobre la correcta utilización de los recursos públicos destinados a los órganos jurisdiccionales para acometer su potestad y el evitar el desgaste innecesario y superfluo del aparato jurisdiccional, así como evitar el deterioro del proceso en trámites innecesario, invocándose para ello la economía procesal¹³⁸.

¹³⁴ En la LEC 2000 regulados en los art. 410-412. La Acumulación de Procesos se regula en el art. 74 y siguientes de la LEC. En el CPC chileno la acumulación de autos se regula como in incidente especial en el art. 92.

¹³⁵ Como señala Ried “Cosa juzgada, litispendencia y acumulación de autos son tres instituciones conectadas, que descansan sobre la misma premisa, como es la existencia de dos o más procesos similares o idénticos”. RIED UNDURRAGA, Ignacio. Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 45. 2015. p. 207. Para una explicación de la litispendencia en el derecho chileno, véase AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite. Derecho Procesal Civil. Revista Chilena de Derecho Privado. N°. 28. 2017. p. 390.

¹³⁶ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, Pedro. La excepción de litispendencia y su tratamiento jurisprudencial. Revista Justicia. N° 3-4. 1998. p. 578. “supone durante el proceso la garantía para las partes de que, una vez finalizado el mismo, van a poder disfrutar del amparo de la cosa juzgada”.

¹³⁷ Véase por ejemplo a Chioyenda “así como el mismo litigio no puede ser decidido más de una vez (*exceptio rei judicate*), tampoco puede estar simultáneamente pendiente más de una relación procesal entre las mismas personas acerca del mismo objeto. El demandado, por lo tanto, puede excepcionar que el mismo pleito está ya pendiente ante el mismo o diferente juez, para que el segundo sea objeto de una sola decisión por parte del juez primeramente acudido” CHIOYENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. 3ª edición italiana traducida, prologada y anotada por José Casáis y Santaló. Reus. Madrid. 1925. pp. 49-50.

¹³⁸ TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. p. 290.

En tal sentido, seguimos lo planteado por ESPARZA respecto de la relevancia del proceso y el uso de los recursos:

Es más rentable resolver bien los conflictos — bien quiere decir de acuerdo con los parámetros del proceso debido, lo que requiere de un compromiso real que, a su vez, se manifiesta por medio de una muy relevante asignación de recursos de todo tipo, específicamente dirigidos a ello— que afrontar las nefastas consecuencias de su deficiente gestión. Esto último sería algo que el estado de derecho no se puede permitir”¹³⁹

Se trata, como hemos dicho antes, de que los conflictos tengan su solución única a través de la dictación de una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional, pero solo una. Lo anterior supone que los recursos que el Estado destina a la administración de justicia puedan distribuirse de forma correcta entre los usuarios que requieren del sistema¹⁴⁰, evitando que quienes no hayan quedado conformes con el resultado puedan volver a iniciar un procedimiento nuevamente, generando un enorme gasto de tiempo y dinero que debe sustraerse del sistema para poder avocarse a un conflicto previamente resuelto.

Esta idea, en el derecho continental, ha sido expresada por CARRASCO como la idea del proceso civil como “un juego único”¹⁴¹, en función de que la cosa juzgada supone la regla que determina que la disputa será litigada solo una vez, y que la utilización de los recursos en esa disputa se hará en una oportunidad única.

Lo anterior, puede relacionarse con todos los anteriores fundamentos esgrimidos, toda vez que si ha existido un proceso en el que se han observado todas las garantías procesales que configuran el respeto a los derechos fundamentales del sujeto, incluyendo la posibilidad oportuna de impugnación de la sentencia en caso de disconformidad, error o agravio para las partes en su resultado, no existe justificación alguna que permita incurrir al Estado de nuevo en dicho gasto, máxime si existe una sobrelitigiosidad de los conflictos en todo el espectro jurisdiccional que mantiene los tribunales sometidos a una enorme carga de trabajo¹⁴², lo que tiende a disminuir la percepción de eficacia y efectividad de la justicia para ante el ciudadano común.

¹³⁹ ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El proceso debido. Op. Cit. p. 334.

¹⁴⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Ed. Atelier. Barcelona. 2006. pp. 121-122. En el mismo sentido véase BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil. La Ley. Madrid. 2016. p. 332.

¹⁴¹ CARRASCO DELGADO, Nicolás. El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargas informativas: una mirada desde el análisis económico del derecho. Revista Chilena de Derecho. Vol. 44. N° 1. 2017. p. 194.

¹⁴² DE LA OLIVA, Andrés. Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. Ius et Praxis. , Vol. 18. N° 2. 2012. p. 264. En Chile un estudio detallado, véase: GARCÍA PINO, José y LETURIA INFANTE, Francisco.. Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. Revista chilena de derecho. Vol. 33. N° 2. 2006. pp. 346-350.

1.2.2 EN EL *COMMON LAW*

En las jurisdicciones del *common law* el fundamento de la existencia de las reglas de la *res judicata* se enmarca dentro de un denominado marco conceptual mayor asociado a las reglas de *finality* o finalidad¹⁴³, como sinónimo de conclusión definitiva -definitividad- de las disputas judiciales una vez que se ha dictado sobre ellas un acto de adjudicación por parte de un tribunal que tenga jurisdicción sobre el asunto y las partes¹⁴⁴.

En el derecho anglosajón los fundamentos de las instituciones suelen suscribirse bajo la voz “*rationale*”, expresión latina que supone indicar la razón de fondo para la existencia y operatividad de determinada manera de una institución o doctrina jurídica. En el caso de la *res judicata*, es posible encontrar en todas las fuentes, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, una *rationale* dicotómica respecto de las reglas de la cosa juzgada que sostiene que la institución orbita sobre dos pilares teóricos principales, una justificación privada o particular y una justificación pública¹⁴⁵.

1.2.2.1 JUSTIFICACIÓN PRIVADA

La idea de salvaguardar los intereses privados es relevante en el contexto del proceso civil dentro del *common law*, y particularmente en el Reino Unido. En ese sentido, la idea del fundamento individual o privado de la *res judicata* descansa sobre la intención de evitar que quienes han sido parte en un proceso judicial estén protegidas de la molestia, estrés, gasto de tiempo y costos asociados a repetir la litigación¹⁴⁶. Como VESTAL sugiere, se pretende evitar “someter a los litigantes a una litigación múltiple”¹⁴⁷, evitando perturbar a eventuales demandados que han obtenido una sentencia que consideran favorable de demandantes insatisfechos¹⁴⁸. La idea es, al igual que en el derecho continental, expresada en las fuentes a través de la máxima latina *debt bis vexari pro una et aedem causa*, que

¹⁴³ En este sentido se utiliza “finalidad” no en su sentido natural como “objetivo” o “función” sino como una traducción literal de “finality” en el entendido de “inalterabilidad” o “última palabra”.

¹⁴⁴ MOSCHZISKER Robert. *Res Judicata*. Yale Law Journal. Vol. 38. N° 3. 1929. pp. 300.

¹⁴⁵ ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*. Sweet and Maxwell. Londres. 2013. pp. 1235-1240. HANDLEY, K.R. *Spencer Bower and Handley*. . Op. Cit. p. 1. VESTAL, Allan. *Rationale of Preclusion*. Saint Louis University Law Journal. Vol. 9. N° 1. 1964, p. 34. Cabe hacer presente que esta clasificación dual no es exclusiva del derecho anglosajón, toda vez que es posible agrupar los fundamentos tratados en el apartado anterior bajo la misma premisa publica/privada en atención que muchos de ellos son compartidos, sin perjuicio de cambios de enfoque e interés por parte de las fuentes según la evolución de cada tradición jurídica.

¹⁴⁶ MOSCHZISKER Robert. *Res Judicata*. Op. Cit. p. 299. Esta triada de elementos es lo que Neil Andrews denomina “Unholy Trinity of civil justice”, algo así como la malvadísima trinidad de la justicia civil. ANDREWS, Neil. *A new civil procedural code for England: party-control ‘going, going, gone’*. Civil Justice Quarterly. N°19. Vol. 1. 2000. p. 20.

¹⁴⁷ VESTAL, Allan. *Preclusion/Res Judicata Variables*. Op. Cit. pp. 857-858

¹⁴⁸ *Ibid*.

no significa otra cosa que señalar que cuanto las partes litigantes han atravesado un procedimiento adjudicativo se han ganado el derecho a no ser molestados nuevamente por el mismo motivo o razón, o en palabras ZUCKERMAN después de resuelto un juicio, las partes pueden (deben) estar en paz¹⁴⁹.

El origen de esta justificación privatista puede ser rastreado hasta fuentes jurisprudenciales del siglo XVI, donde, en 1599, LORD COKE expresó en el caso *Ferrer v. Arden* que el litigante tenía el legítimo derecho a ser protegido de la litigación repetitiva. Esta protección tomaba, y aun toma, gran relevancia ante la asimetría posicional de las partes en el proceso, toda vez que no suele guardarse entre ellas una verdadera igualdad real de cara al juicio, de manera tal que la cosa juzgada funciona como “un escudo contra el litigante rico y malicioso que incansablemente perturba a su demandando ejerciendo acciones continuamente en su contra aprovechando dicha ventaja”¹⁵⁰.

LORD SIMON OF GLAISDALE afirma, en el caso *Amphill Peerage*, que la resolución de disputas entre particulares a través del proceso civil es, ciertamente, preferible ante la alternativa de la violencia, mas no es una actividad, en sí misma, intrínsecamente deseable¹⁵¹.

Desde otra perspectiva de los intereses privados, la cosa juzgada permite a los abogados y a todos quienes prestan asistencia jurídica planificar de mejor manera su estrategia procesal de cara al litigio, teniendo presente que la decisión que se toma no podrá ser revisitada y que deberá contener todas las cuestiones relevantes a la pretensión que se ejerza¹⁵², cuando se tiene certeza de que la decisión será definitiva se puede planificar la estrategia del juicio mediada por dicha expectativa de definitividad.

1.2.2.2 JUSTIFICACIÓN PÚBLICA

El fundamento público o función pública de la *res judicata* en el derecho inglés, y en general del *common law*, supone hoy una relevancia mucho mayor que su contraparte privada. No se trata de desconocer la importancia de los intereses particulares o

¹⁴⁹ ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil... Op. Cit* p. 1239.

¹⁵⁰ *Ferrer v. Arden* [1599] 77 Eng Rep. 263, 266; 6 Co. Rep. 7 a (Eng.). Esta sentencia justifica la cosa juzgada en forma privada, desde la perspectiva de los litigantes, toda vez que es previa a la concepción de Estado moderno y de sistema de justicia estatal como podría comprenderse hoy en día.

¹⁵¹ *The Amphill Peerage Case* [1977] AC 547 1977 HL.

¹⁵² SHELL, Richard. *Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration*. UCLA Law Review. Vol. 35. N°4. 1988. p. 640.

individuales, pero el Estado moderno, típicamente a través de su sistema de justicia, debe satisfacer una enorme cantidad de necesidades, y, en ese contexto, la resolución de disputas en sede jurisdiccional resulta una de las piedras angulares del funcionamiento del Estado de Derecho y el orden social¹⁵³. De esa manera, al igual que como ocurre en el derecho continental -como hemos visto el caso español y chileno en el acápite anterior, la fundamentación pública de las reglas de finalidad se divide en varias subdistinciones:

a) Razones económicas: los recursos de los tribunales estatales son limitados. La introducción de reglas de inhibición de la doble litigación, como la cosa juzgada, permiten a la Corte ahorrar y distribuir de la mejor manera posible esos escasos recursos, de forma tal de evitar la utilización de medios públicos en re-decidir disputas entre las mismas partes. A través de la *res judicata*, se ha dicho, las Cortes pueden mejorar la distribución eficiente de sus dichos recursos, para perfeccionar el sistema de resolución de disputas.¹⁵⁴ Este enfoque en Inglaterra y Gales se corresponde con el objetivo preponderante de la justicia civil consagrado en el CPR1 (Civil Procedural Rules regla primera) que señala que en el ejercicio de sus funciones los tribunales deben lidiar con las causas de manera justa, pero a un costo proporcionado¹⁵⁵. Este objetivo, que es el principio rector de toda la administración de justicia, es lo que SORABJI denomina “proporcionalidad colectiva”, que no es otra cosa que comandar a los tribunales a ejercer su potestad teniendo presente la totalidad de los usuarios del sistema, de forma tal de establecer un equilibrio entre el tiempo y costo de recursos utilizado en una disputa y los recursos disponibles para todas las demás. De ahí que reglas como la cosa juzgada sirvan de cerrojo para evitar el desperdicio de recursos públicos y el cumplimiento de estos objetivos¹⁵⁶.

En otras jurisdicciones anglosajonas, como Estados Unidos, la idea se erige sobre los mismos argumentos, tal como ha señalado la jurisprudencia “La Cortes están teniendo dificultades en poder garantizar a cada litigante su día en estrado. Autorizar a que ese litigante tenga un segundo día por el mismo caso es un lujo

¹⁵³ STEAKLEY, Zollie and HOWELL, Weldon. Ruminations of Res Judicata. Southwestern Law Journal. Vol. 28. Issue 1. 1974. pp. 358-359.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Véase ANDREWS, Neil. La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°. 39. 2012. p. 253. VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 28.

¹⁵⁶ SORABJI, John. English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis. Cambridge University Press. Cambridge. 2014. pp. 167-170.

que no puede permitirse”¹⁵⁷.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, en el derecho anglosajón han existido diversas teorizaciones sobre la conveniencia de establecer reglas definitivas como la cosa juzgada¹⁵⁸. En ese sentido, destaca la idea de POSNER, quien problematiza la regla de la *res judicata* y explora que ocurriría si esta no existiera¹⁵⁹. Para ello, sostiene que es posible concebir, económicamente, un sistema de justicia sin reglas de definitividad, postulando que una solución a explorar sería permitir que las partes pudieran litigar la disputa tantas veces deseen, pero estableciendo un tope de gasto total por cada ronda de litigación¹⁶⁰. De esa manera se podría crear un desincentivo a la doble litigación.

Sin embargo, el propio POSNER señala que ante la inexistencia de reglas de cosa juzgada que cierren el sistema, este riesgo de renovación de la litis persiste, lo que deriva en ineficiencia y alto costo social -cuestión central en la teoría del análisis económico del derecho- toda vez que las partes suelen incurrir en errores de apreciación, tener información incompleta, asimetría de posiciones y exceso de confianza, lo que puede tender a repetirse en sucesivos encuentros litigiosos¹⁶¹. Asimismo, sostiene que las partes no tienen incentivo a litigar de la mejor forma que sus posibilidades les permitan, pues saben que contarán con nuevas oportunidades, transformando los primeros procesos en un costo social altamente inconducente al devenir en verdaderas rondas preliminares de litigación¹⁶². Por otro lado, no existe ninguna evidencia que permita a las partes sostener que una segunda oportunidad en la Corte vaya a significar un mejor resultado -especialmente si se presenta la misma pretensión y la misma evidencia-, salvo en los casos que exista un error evidente y manifiesto por parte de los tribunales, los

¹⁵⁷ "Courts today are having difficulty giving a litigant one day in court. To allow that litigant a second day is a luxury that cannot be afforded." Corte de Apelaciones Estados Unidos Distrito de Columbia Circuit. *Nat. Treasury Emp. Union v. I.R.S.* 247 U.S. App. D.C. 20.

¹⁵⁸ SHAVELL, Steven. The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. *Journal of Legal Studies*. Vol. 11. N° 2. 1982. pp. 333-340.

¹⁵⁹ POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal studies*. Vol. 2. N°2. 1973. p. 400.

¹⁶⁰ *Ibid.* pp. 444-445.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

que, en general dan origen a casos de excepción a la cosa juzgada¹⁶³.

Desde una perspectiva similar, HAY explora el rol de la cosa juzgada en la resolución extrajudicial de las disputas. El autor sostiene que la cosa juzgada funciona como una regla de política pública que controla el contenido de los acuerdos extrajudiciales de resolución de disputas dentro del rango de lo socialmente eficiente¹⁶⁴. Señala que la cosa juzgada evita litigación repetitiva, la que suele traer aparejada una gran cantidad de costos, tales como tasas judiciales, honorarios de abogados, costas, multas, etc., las que en una litigación sin reglas de conclusividad tenderían a repetirse, sumando, además, incentivos para que las partes reserven esas disputas en el tiempo, no litigando en forma instantánea ante la expectativa de un cambio de tribunal o un cambio en la integración de un tribunal colegiado que, en su noción, podría mejorar sus posibilidades de éxito, permaneciendo la indeterminación de la disputa por un periodo extraordinariamente largo en el tiempo¹⁶⁵. De la misma manera, se crea un incentivo al *forum shopping* tanto local como internacional, al poder concebir las partes que en otra corte o tribunal el resultado podría ser más beneficioso a sus intereses¹⁶⁶.

Ante la existencia de las reglas de cosa juzgada, los acuerdos que previenen o terminan disputas judiciales o judicializables consideran el costo de lo que se pide en el tribunal, la pretensión, así como los gastos y costos estimados que llevar al asunto a la justicia civil suponen, pero en una oportunidad única, es decir los costos de la litigación en consideración a que solo podrá ser litigada una vez¹⁶⁷.

Si no existiera la cosa juzgada, ante la expectativa de litigación interminable y costosa, las partes tienen un incentivo a autocomponer, pero en dichos acuerdos extrajudiciales deben no solo ya considerar el costo de la pretensión y los gastos asociados a esa única oportunidad de litigación, sino que todos los costos de las

¹⁶³ *Ibíd.* p. 444. En este caso Posner hace una analogía con una mala ronda de campaña publicitaria en los medios por parte de una marca. Si el resultado de la primera campaña no es el esperado, resulta difícil imaginar que repitiendo la campaña con los mismos medios y los mismos insumos obtenga un resultado mejor.

¹⁶⁴ HAY, Bruce. Some Settlement Effects of Preclusion. *University of Illinois Law Review*. N°1. 1993. p. 21.

¹⁶⁵ *Ibíd.* p. 23.

¹⁶⁶ *Ibíd.* p. 24.

¹⁶⁷ *Ibíd.* pp. 24-25.

posibles futuras litigaciones respecto del mismo tema, lo que podría -en sistemas como el actualmente vigente en Reino Unido y Estados Unidos- superar el valor de lo disputado¹⁶⁸, especialmente si tampoco es posible determinar cuántas veces sería realmente litigable cada disputa¹⁶⁹. Lo anterior, supone una ineficiencia de utilización de recursos desde el punto de vista del costo social, y el acuerdo de las partes con un altísimo costo de transacción, cual es no saber realmente el costo de la disputa con antelación. Por ello, la existencia de reglas preclusivas distribuye el incentivo para convenir acuerdos extrajudiciales solo cuando sean una alternativa mejor que la litigación, dejando así al sistema de justicia en su conjunto como mejor, y más eficiente, sistema de resolución de disputas¹⁷⁰.

Asimismo, se esmera en señalar que la alternativa de que las partes pacten en sus contratos que solo podrán litigar una vez las disputas que surjan de dicho acuerdo no es otra cosa que establecer una regla de cosa juzgada convencional, siendo una mejor alternativa establecerla como una política general a nivel sistémico, en la que una victoria para la parte en un proceso es una victoria para la parte en cualquier proceso¹⁷¹. En ese mismo sentido, otros autores, como ROSENBERG, señalan que el establecimiento de la cosa juzgada es la mejor alternativa para prevenir la duplicación de la litigación, con preminencia sobre las acciones de clase¹⁷². También, BODART, quien elabora un estudio acabado de la literatura señalada, concluye que no hay evidencia económica empírica disponible que permita sostener que existen mejores alternativas desde el prisma de la eficiencia,

¹⁶⁸ En los países del *common law* uno de los grandes problemas de la litigación civil es su alto costo. Este se origina principalmente en las tasas judiciales (fees), los honorarios legales y las sanciones en contos. Incluso en el Reino Unido existe el denominado *cost shifting system*, que quiere decir que el litigante derrotado no solo debe cumplir con el costo de la pretensión y sus propios costos de defensa, sino que inmediatamente todos los costos legales en que haya incurrido la otra parte, poniéndolo en el extremo de una verdadera triple condena. Para una explicación detallada véase: ROWE, Thomas. *Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms from Class Actions*. Duke Journal of Comparative and International Law. N° 13. 2003. p. 128. ANDREWS, Neil *The Three Paths of Justice: Ius gentium*. Springer. Londres. 2012. p. 132. Para un detalle de los sistemas de tasas y costes del proceso civil en Estados Unidos mediante un estudio empírico véase: EISENBERG, Theodore and MILLER, Geoffrey P. *The English vs. The American Rule on Attorneys Fees: An Empirical Study of Attorney Fee Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. NYU Law and Economics Research Paper No. 10-52. 2010.

¹⁶⁹ BODART, Bruno. *The Social Value of the Doctrine of Res Judicata: An Economic Analysis*. Tesis de Máster. Harvard University. (May 01, 2018). p. 18. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3271743> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3271743>. Accedido en 29 de junio de 2020.

¹⁷⁰ ROSENBERG, Michael. *Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market*. Harvard Law School, Public Law Research Paper No. 44; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 394. 2002. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=354100> fecha de consulta 10 de julio de 2020. p. 27.

¹⁷¹ HAY, Bruce. Op. Cit. p. 45.

¹⁷² ROSENBERG, Michael. Op. Cit. p. 17.

y que, derechamente, no hay posibilidad de concluir que el establecimiento de reglas de *finality* sea una opción económicamente inconveniente ¹⁷³.

- b) Estabilidad de las decisiones:** Tal como se mencionara con ocasión de los fundamentos en el derecho continental, en el derecho inglés -y el *common law* en general- la cosa juzgada cumple un rol importantísimo en la estabilidad y confiabilidad en el sistema de adjudicación judicial¹⁷⁴. La relitigación de las disputas, que ya han sido decididas oportunamente, puede llevar a que se dicten sentencias contradictorias, tanto de forma general como respecto de determinadas cuestiones específicas del contenido de cada sentencia¹⁷⁵, con la consiguiente pérdida de confianza en el sistema por parte de quienes concurren a él para la resolución de sus disputas civiles¹⁷⁶.

El objetivo de evitar la existencia de sentencias contradictorias ha sido tratado en el Reino Unido de forma similar a lo que ocurre con su sistema de precedente vinculantes, es decir, la conexión que existiría entre *stare decisis* y *res judicata*¹⁷⁷. Estas instituciones si bien pueden relacionarse, poseen también marcadas diferencias. La cosa juzgada, a diferencia de la doctrina del precedente, no posee alcances generales, limitando su efecto al caso concreto y a quienes han intervenido en él, sin embargo, ambas comparten el objetivo de dar estabilidad de las decisiones judiciales e impedir una constante reconsideración de asuntos ya decididos, tanto del caso concreto, como de casos similares¹⁷⁸. Lo que se explica, es que ambas ideas pretenden promover predictibilidad de las decisiones judiciales, tanto para quienes han sido parte del problema, como quienes mantienen una disputa de similares características.

Adicionalmente, se plantea que los tribunales cuentan con el mandato de resolver de forma definitiva las disputas presentadas ante ellos, con la intención de que esas decisiones sean definitivas e inalterables. Si no se cumpliera con la

¹⁷³ BODART, Bruno. Op. Cit. p. 56.

¹⁷⁴ EZURMENDIA ALVAREZ, Jesus. Res judicata, a gap between civil litigation and arbitration?. Nottingham Law Review. N°29. 2020.

¹⁷⁵ Lo mismo se entiende como justificación en los países iberoamericanos, véase *supra* 1.3.1.4.

¹⁷⁶ ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 1239. En Estados Unidos véase el célebre caso *Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90 (1980).

¹⁷⁷ MOSCHZISKER, Robert. Stare Decisis in Courts of Last Resort. Harvard Law Review. Vol. 37. N°4. 1924. p. 409.

¹⁷⁸ *Ibid.*

definitividad de las reglas de *res judicata*, todo el sistema creado y dispuesto para que los ciudadanos puedan hacer legítima reivindicación de sus derechos se resquebraja, y consecuentemente también la fortaleza del Estado de Derecho¹⁷⁹.

c) **Protección la judicatura y *auctoritas* de los tribunales.** En relación con lo anterior, a través de la cosa juzgada se defiende y protege el prestigio y la autoridad moral de la quienes toman las dediciones judiciales¹⁸⁰. Al mantener la estabilidad de las decisiones, impidiendo que un proceso posterior pueda alterarla en modo alguno, el contenido de la decisión en tanto acto volitivo del juez que representa al estado se consolida. Así, la *res judicata* se convierte en un engranaje indispensable de la justicia civil que permite a la gente respetar las sentencias emanadas de las Cortes, y comprender la necesidad de que éstas sean finales, cuestión que no siempre resulta fácil para el ciudadano común de cara a la cultura jurídica interna, lo que en términos agregados a nivel social, redundando en el respeto inherente de los justiciables respecto a que las sentencias son, en último término, definitivas y no pueden ser objeto de modificación¹⁸¹.

d) **Independencia y función constitucional.** Otra perspectiva de esta utilidad pública, ligada a la estabilidad de las decisiones, viene entregada por la teoría constitucional. Se trata de que la *res judicata* opera como una garantía constitucional de cara a la organización de los poderes del Estado, tanto entre el poder judicial y las otras ramas de la autoridad estatal, así como *ad intra*, dentro del propio entramado de la judicatura¹⁸². Se habla de independencia externa pues es la cosa juzgada la institución que impide la repetición de procesos y la revisión, salvo excepciones, de lo adjudicado, permitiendo que la discusión termine de forma definitiva; con ello, los otros poderes del Estado, como la administración o el poder legislativo no pueden entrometerse en el quehacer judicial, sabiendo que la modificación de estatutos y reformas legales no podrá alterar aquello que ya este decidido por la autoridad judicial, y por lo tanto, protegido por la *res judicata*. Como señala CLERMONT, para el funcionamiento del Estado de Derecho es indispensable que la administración no pueda entrometerse en el trabajo judicial,

¹⁷⁹ LOWE, Vaughan. Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration. African Journal of International and Comparative Law. Vol. 8. N°1. 1996. pp. 47-48.

¹⁸⁰ SHELL, Richard. Op. Cit. p. 641.

¹⁸¹ YUVAL, Sinai. Reconsidering Res Judicata. Op. Cit. p. 362

¹⁸² CLERMONT, Kevin. Res judicata as requisite for justice. Rutgers University Law Review. Vol. 68. N° 3. 2016. p. 1077.

lo que queda custodiado por la institución de la cosa juzgada, la que es, en conclusión, la que distingue y determina como se diferencia el trabajo y función de cada poder¹⁸³.

Desde la perspectiva interna del poder judicial, es relevante que existan reglas de clausura pues impide que se cree un círculo de competencia injusta entre tribunales. Si se pudiera rever constantemente la cuestión, los tribunales superiores, o típicamente los federales en este tipo de organización estatal¹⁸⁴, serían quienes tomarían las decisiones en último término, haciendo que las cortes inferiores devinieran irrelevantes, generando una competencia en la que siempre ganarían los tribunales de mayor jerarquía¹⁸⁵.

- e) **Estabilidad y paz social.** Íntimamente relacionado con lo anterior yace otro importante punto de justificación de las reglas de la cosa juzgada, la paz social¹⁸⁶. De forma consecuencial, la estabilidad alcanzada por las decisiones judiciales de la mano de la *res judicata* abre la puerta para que, en términos agregados y generales, se produzcan otras consecuencias sociales a mayor escala¹⁸⁷. Las sentencias de los tribunales de justicia poseen la característica distintiva de su definitividad proveída mediante las reglas de la cosa juzgada¹⁸⁸. A través de estas reglas de definitividad, la sociedad en su conjunto comprende que cuando ha operado una decisión adjudicativa por un órgano competente el asunto se ha resuelto de forma definitiva e inalterable¹⁸⁹. De esa manera, la cosa juzgada desborda, en este sentido, su alcance relativo, y promueve la certidumbre en la sociedad de que las decisiones del sistema de justicia son definitivas y que, por consiguiente, pueden confiar en él, sabiendo que no habrá una rediscusión del asunto¹⁹⁰. Como se puede observar, en este punto la fundamentación privada y pública se tocan, pues la suma de las expectativas privadas de no ser nuevamente perturbados por el mismo asunto genera, a nivel social, confianza de toda la

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 1078. *Without such respect, the more powerful courts would inevitably extinguish their competitors.*

¹⁸⁶ STEAKLEY, Zollie and HOWELL, Weldon. *Op. Cit.* p. 358.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ TROMANS, Stephen. *History that cannot be Re-Written: Res Judicata in Public Law.* The Cambridge Law Journal. Vol. 49. N°2. 1990. pp. 192-194.

¹⁸⁹ VARIOUS AUTHORS. *Developments in Law: Res Judicata.* Harvard Law Review. Vol. 65. N°5. 1952. pp. 825-829.

¹⁹⁰ STEAKLEY, Zollie and HOWELL, Weldon. *Op. Cit.* pp. 358-359.

ciudadanía.

En cuanto a la discusión relativa a la seguridad jurídica, por sobre la posibilidad de alcanzar un sentencia justa o correcta como ha sido enarbolado por la doctrina continental como la principal justificación de la cosa juzgada, en el derecho inglés, y en el *common law* en general, este debate no ha estado ausente, discutiéndose si el efecto de la *res judicata* dotando de certeza a la decisión debe preferirse respecto de la justicia¹⁹¹.

Una vez que el tribunal ha tomado una decisión y manifestado su opinión respecto de un asunto la sentencia se vuelve inalterable en el tiempo, incluso si con posterioridad aparece nueva y mejor evidencia que antes no haya estado disponible para las partes¹⁹². Así la definitividad de una sentencia incorrecta prevalece por sobre el interés en la justicia material buscada, aun ante nueva evidencia que pudiere alterar la decisión original¹⁹³. Se entiende que los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, requieren el máximo nivel de certidumbre en sus relaciones cotidianas, y la confianza en la finalidad de las resoluciones jurisdiccionales se erige como uno de los pilares de esa confianza¹⁹⁴. En ese sentido, la estabilización de los derechos reivindicados ante los tribunales a través de la inmutabilidad que adquieren con la sentencia ayuda a la percepción general del público a comprender el sentido terminal y definitivo de las decisiones judiciales, de forma tal que se comportan de una manera que supone comprender y confiar en esa premisa¹⁹⁵. De esa forma, la sociedad comprende que el conflicto ha finalizado, que ha dejado de existir como tal, pues no podrá reabrirse la discusión a su respecto, aceptando la decisión como final y comportándose en consecuencia con ella.

1.3 REFLEXIONES DEL CAPÍTULO QUE FIJAN EL MARCO TEÓRICO DE LA COSA JUZGADA

Este primer capítulo ha intentado servir de marco conceptual para el estudio de la cosa juzgada a lo largo de esta investigación. En ese esfuerzo, la primera parte se ha dedicado a intentar explorar de que formas ha sido definida en diversas latitudes, independiente de

¹⁹¹ DOOLEY, Laura. The Cult of Finality. Valparaiso Law Review. Vol. 31. N°1. 1996. p. 51.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ HANDLEY, K.R. Spencer Bower and Handley. Op. Cit. p. 6.

¹⁹⁴ PINOS, Timothy. Res Judicata Redux. Osgoode Hall Law Journal. Vol. 26. N°4. 1988. pp. 718-719. Véase también *Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90 (1980). “Como esta Corte, y otras cortes también, ha señalado reiteradamente, la *res judicata* y el *collateral estoppel* alivia a las partes el costo y la molestia de múltiples demandas, conserva recursos judiciales y, previniendo decisiones inconsistentes, incentiva y mejora la confianza en la adjudicación”.

¹⁹⁵ VESTAL, Allan. Res Judicata/Preclusion by Judgment: The Law Applied in Federal Courts. Michigan Law Review. Vol. 66. N°8. 1978. p. 1728.

la tradición a la que pertenezcan y la forma en que en dichas jurisdicciones este consagrada. Así, se ha señalado que existe una idea relativamente uniforme respecto que se trata de una institución que busca cerrar o clausurar la litigación al haberse dictado una sentencia definitiva por un órgano jurisdiccional, y que dicho contenido no pueda volver a ser revisado ni modificado. Asimismo, la noción de *res judicata* impide que ese mismo asunto pueda volver a ser discutido en un mismo proceso entre, generalmente, los mismos sujetos. Es decir, se trata de una regla de clausura con un doble rol, uno retroactivo o “hacia atrás” pues cierra la puerta tras de sí a la continuación de la litigación una vez que sea tomado una decisión por parte del juez, y otro prospectivo o profiláctico por el cual prohíbe, “hacia adelante” la posibilidad de revisita de esos mismos asuntos en un nuevo proceso, permitiendo su reconocimiento y eventual ejecución.

Estas dos funciones, en todo caso, no son separables ni independientes, sino que suponen un ejercicio sinérgico en el que la existencia de la prohibición a futuro refuerza la idea de cierre y definitividad del primer proceso, y viceversa.

De la misma manera, se ha podido concluir que en todo sistema jurídico que ostente algún tipo de sofisticación existen reglas similares en cuanto al concepto de cosa juzgada y que tienden a cumplir las mismas funciones, sin perjuicio de las razonables diferencias en sus características específicas en cada sistema en particular.

En la segunda parte del capítulo se ha hecho una investigación relativa a la justificación o fundamento que se ha dado a la cosa juzgada, dividiendo la exposición entre las dos principales familias jurídicas que se comparan en este trabajo. En ese entendido, el derecho continental, especialmente lo dicho en las fuentes españolas y chilenas, pone el acento en la necesidad de dotar a las relaciones jurídicas de estabilidad, en aras de la idea de seguridad o certeza jurídica, así como en una idea de política pública en la que se privilegia la estabilidad del sistema de justicia y la certeza que la decisiones de los tribunales por sobre la noción de corrección o justicia que puede estar asociada al proceso como uno de sus fines u objetivos. Esta tensión entre definitividad y justicia o corrección es resuelta como una decisión de política estatal en pos de la defensa de los intereses de los justiciables, en atención al respeto a sus garantías constitucionales y los derechos humanos que impregnan la actividad jurisdiccional, de forma tal de garantizar, mediante la inalterabilidad de lo que se ha resuelto, una decisión definitiva que permite su ejecución en cumplimiento de los estándares que un proceso debido y la tutela judicial efectiva demandan.

En el caso del *common law*, las fuentes han dado cuenta de una división esquemática entre fundamentos de orden privado -impedir la repetición de la molestia de los litigantes- y fundamentos de orden público -protección del sistema, ahorro de recursos, respeto y reputación de los órganos jurisdiccionales-. En cualquier caso, es posible concluir que, sin perjuicio de la forma en que la dogmática y la jurisprudencia han esquematizado estas justificaciones, se trata de argumentos muy similares entre todos los ordenamientos jurídicos investigados, en los que la *res judicata* se justifica en forma privada, respecto de los intereses individuales de los justiciables, pero dicha idea forma parte de la noción general del correcto funcionamiento del sistema de justicia, protegiendo los intereses de todos los usuarios mediante reglas que otorgan estabilidad y seguridad jurídica a las relaciones entre los ciudadanos.

Asimismo, es posible concluir que la cosa juzgada es reconocida en todas las jurisdicciones como una de las piedras angulares no solo del sistema de justicia civil, sino como uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta el respeto y funcionamiento del Estado de Derecho.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA

“La regla de la cosa juzgada tiene la virtud de ser “hermosamente simple...y simplemente hermosa”

Juez Henry Friendly

2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA

En el derecho continental, particularmente desde la codificación en adelante, ha existido una notoria corriente doctrinaria que apunta a encontrar la “naturaleza” de las instituciones, una búsqueda muchas veces complicada, y otras tantas inútiles, por una empresa que parece verdaderamente metafísica respecto de una idea o concepto jurídico¹⁹⁶. Es en ese contexto que, tanto en la doctrina chilena, y latinoamericana en general, como en su en España, Alemania e Italia, han intentado encontrar respuesta a que sería, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la cosa juzgada.

Según COUTURE, esta búsqueda sería la que “consiste en establecer si la Cosa Juzgada es el mismo derecho substancial que existía antes del proceso, transformando en indiscutible y susceptible de ser ejecutado coactivamente, o si, en cambio, es un derecho nuevo, independiente del anterior, nacido a consecuencia del proceso y de la sentencia”¹⁹⁷. En dicho propósito se han enarbolado diversas teorías a través del tiempo, las que pueden ser agrupadas en dos principales corrientes: las teorías materiales – también denominadas jurídico-materiales, y las teorías procesales de la cosa juzgada. La mayor diferencia entre ambas estriba en determinar si la cosa juzgada resulta obligatoria, en tanto regla excluyente, debido a si la sentencia crea una norma jurídica especial para el caso concreto, es decir una función creadora y originaria de la sentencia; o si, por otro lado, la sentencia se limita a la aplicación y declaración de derechos o relaciones jurídicas preexistentes -o no- al proceso que da origen a la sentencia¹⁹⁸, siendo obligatoria como mandato de

¹⁹⁶ En tal sentido véase CALAZA LÓPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 74 y GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Las teorías de la cosa juzgada. Madrid. 1932. Véase también GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Ficciones y conceptos formales en el derecho. Moneda y Crédito. N° 128. 1974. p. 20. Valdrá la pena mencionar crítica a esta búsqueda de “naturalezas” que tiene el saber jurídico, ampliamente criticado por otras ramas del conocimiento, y también desde la propia ciencia jurídica. Resalta entre estas críticas lo dicho por von Kirchmann para criticar la imposibilidad de hablar de naturaleza en el caso de decisiones normativas institucionales: “tres palabras del legislador podían mandar bibliotecas enteras a las llamas”. NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. Ciencia jurídica: un mapa conceptual. En: NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro [coord.]. Modelando la ciencia jurídica. Palestra. Lima. pp. 13-51.

¹⁹⁷ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 247.

¹⁹⁸ LANDONI SOSA, Ángel. Op. Cit. p. 299.

autoridad judicial.

A contrafraz de moneda, en el derecho del *common law* no es habitual la pregunta por sobre “qué son realmente las instituciones”, debido a una tradición de la cultura jurídica que apunta a encontrar respuestas pragmáticas para definir los contornos de éstas, centrando sus esfuerzos en diagramar sus límites y mantener el dinamismo de una determinada doctrina jurídica a la luz de la evolución que la jurisprudencia propone dentro del contexto del sistema de fuentes principales del derecho anglosajón. De esa manera, no es común encontrar en las fuentes en inglés -en ninguno de los dos lados del Atlántico- explicaciones sobre que sería, “realmente” la cosa juzgada, sin perjuicio de existir algunas notables excepciones que dan cuenta de la evolución que a este respecto ha tenido la doctrina en el derecho común¹⁹⁹, que serán mencionadas más adelante en el presente capítulo y especialmente en el la Parte Tercera referido a la configuración y operatividad de las reglas de *res judicata* en el derecho anglosajón²⁰⁰.

Sin perjuicio de que el objetivo de este trabajo no orbita en función de buscar respuestas originarias, sino enfocarse en las consecuencias y la operatividad de la institución de la *res judicata*, corresponderá, razonablemente, esbozar ciertas líneas matrices de estas teorías de forma tal que puedan servir de marco conceptual de referencia para el tratamiento que en los próximos capítulos se haga de la cosa juzgada y sus características²⁰¹.

2.1.1 DERECHO CONTINENTAL Y LATINOAMERICANO: LAS TEORÍAS MATERIALES DE LA COSA JUZGADA

Bajo la denominación de teorías materiales se comprende una serie de ideas o doctrinas sobre la cosa juzgada, históricamente asociadas a la etapa previa y coetánea a la codificación, sobre la cual la sentencia dictada por el juez tiene una función creadora de derecho, en tanto genera una relación jurídica -material- nueva entre los sujetos; la que,

¹⁹⁹ En ese sentido uno de los mejores estudios comparados de la cosa juzgada se encuentra en el trabajo de Robert Millar, quien en números consecutivos de la Michigan Law Review, pudo describir, a mediados del siglo pasado, la evolución de la *res judicata* en ambas tradiciones. MILLAR, Robert. The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law. Michigan Law Review. Vol. 39. N° 1. 1940. pp. 1-36 y MILLAR, Robert. The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law. Michigan Law Review. Vol. 39. N° 2. 1940. pp. 238-266.

²⁰⁰ Véase Parte Tercera

²⁰¹ En ese sentido Calaza señala que, pese a la enorme primacía de la praxis, no está de más conocer algo de estas conceptualizaciones. CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. 9;75.

además, debe ser tenida por verdadera²⁰². Significa, entonces, que la sentencia crea el derecho en el caso concreto²⁰³, una verdadera *lex specialis*²⁰⁴.

Dentro de esta doctrina es posible encontrar una serie de teorías que se cimentan sobre la idea de creación de realidad material por parte de la sentencia, intentando dotar a la decisión judicial de un aura de verdad indubitada. A continuación, se hará un recorrido de esas teorías en función de sus características y aportes en sus respectivas épocas y áreas de influencia.

a) Ficción de verdad (*Fiktion der Wahrheit*). La idea de la cosa juzgada como una decisión de política legislativa, en tanto se debe dar un cierre al sistema de resolución de las disputas se origina en la pandectística alemana, principalmente en la escuela de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY²⁰⁵. La idea principal de la teoría de la ficción arranca del reconocimiento de la posibilidad de la producción de errores en las sentencias, y la opción de impugnarlas. Entendiendo la doctrina que la revisión de la sentencia era necesaria, también lo era el hecho de que debía existir un momento en que cesara dicha posibilidad de impugnación. Por ello, la forma de explicar que hubiera un instante en el que la decisión no pudiere ser ya atacada era mediante la creación de una figura que revistiera a la sentencia de un manto de inatacabilidad, una ficción de corrección entendida como una ficción de la verdad²⁰⁶.

La finalidad de la ficción de realidad -entendida como verdad-, según explica NIEVA, estaba dirigida al juez del segundo proceso, quien debía tener por verdadero lo resuelto por su predecesor, así “el Juez deberá tomar el contenido de esa sentencia como verdadero”²⁰⁷, quien quedaba sometido a dicha ficción, y ante la existencia de cuestiones que ya hubieran sido resueltas, debía estarse a la *exceptio rei iudicatae*. Basado en esta construcción de una ficción, NIEVA sostiene que para la escuela pandectística esta

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la Cosa Juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal con examen de jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid. 1991. pp. 28-30.

²⁰⁴ *Ibid.* Véase también. DE LA OLIVA, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. p. 112.

²⁰⁵ SAVIGNY, Friedrich. Sistema del Derecho romano actual, tomo V, traducido del alemán por Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Ed. F. Góngora y compañía, editores. Madrid. 1879. pp. 165-169.

²⁰⁶ *Ibid.* p. 168. "la ficción de verdad que protege las sentencias contra todo ataque y toda modificación". Véase también MATURANA MIQUEL, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 23.

²⁰⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 42.

proposición contenía tanto el efecto negativo o excluyente como el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada²⁰⁸.

Sin perjuicio de sus críticas, la teoría de la ficción tiene el mérito de haber recogido expresamente el conflicto jurídico-político que engendran las reglas de clausura entre la decisión final y la decisión correcta, o, en sus propios términos, entre la seguridad jurídica y la justicia, siendo un intento de remedio en aras del mejor funcionamiento del ordenamiento jurídico²⁰⁹.

b) Presunción (absoluta) de verdad. Acuñada en Francia por POTHIER, se basa en las máximas "*res iudicata pro veritate habetur*" y "*res iudicati pro veritate accipitur*", que sostiene que la sentencia contiene una presunción de derecho (*iure et de iure*) que no puede ser desconocida ni probada en contrario²¹⁰.

Se diferencia de la teoría de la ficción en que aquella entiende la posibilidad del error judicial contenido en la sentencia, debiendo recurrir a una ficción jurídica que justifique la existencia de la imposibilidad de volver a discutirla; mientras que ésta arranca de la hipótesis de infalibilidad de la sentencia, transformando su contenido en una presunción que no puede ser desvirtuada. Así, el tratadista francés, que incorporó esta concepción en el Código Civil Napoleónico de 1804, sostiene que:

"La autoridad de la cosa juzgada no admite la prueba de lo que ha sido juzgado, la parte en contra de quien el fallo ha sido dado no es escuchada si quiere ofrecer prueba de que el juez ha caído en un error, aún de simple cálculo: "*res iudicatas si sub praetextu computationis instarentur, nullus aut litim finis*"²¹¹.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ En tal sentido destaca la cita al propio teórico alemán quien expresa "Se ve por estas consideraciones que nos encontramos en presencia de dos serios peligros de naturaleza enteramente opuesta. De un lado, estamos expuestos a mantener contra nuestra convicción una sentencia fundada sobre el error o sobre la prevaricación del juez: De otro lado, corremos el riesgo de abandonar el estado del derecho y de los bienes a una incertidumbre indefinida que puede prolongarse durante varias generaciones". Tenemos que escoger entre estos dos peligros. La cuestión de saber cuál de ellos entraña el mal menor pertenece al derecho político; la experiencia y una justa apreciación de las necesidades reales pueden únicamente darnos la solución". SAVIGNY, Friedrich. Op. Cit. p. 168. También citado en PEREZ AGUILERA, Luis. Op. Cit. p. 36. Para consultar sobre los fundamentos véase 1.3.1 *supra*.

²¹⁰ OLAECHEA ALVAREZ-CALDERÓN, Daniel. La Excepción de Cosa Juzgada. Derecho PUCP. N.º 19. 1960. p. 42.

²¹¹ POTHIER, Robert. Tratado de las obligaciones. Ed. Imprenta y Litografía de J. Roger. Barcelona. 1839. pp. 524 y 525. "

Cabe señalar, además, que, para dar coherencia a la teoría, el tratamiento de la cosa juzgada fue incluida en los artículos 1350 N°3 y 1351²¹², dentro del título relativo a las presunciones legales.

No obstante encontrarse superada por la doctrina actualmente imperante, la influencia del *Code Civil* en las legislaciones continentales y latinoamericanas permitió que la consagración legislativa de la cosa juzgada siguiera la idea de presunción de verdad²¹³, tal como ocurrió en el Código Civil español de 1889 en el artículo 1252 inciso primero²¹⁴, y el CPC chileno (1903) en sus artículos 427, inciso segundo y 180²¹⁵. Asimismo, parte de la doctrina le atribuye la consagración, en el período de la codificación, del examen tradicional de la triple identidad -sujetos, cosa u objeto pedido y causa de pedir- la que, debido a la influencia antes referida, pasó a los códigos que siguieron dicha influencia tanto en Europa como en Latinoamérica²¹⁶.

En el caso chileno, como correctamente señala ROMERO, la idea de presunción de verdad fue también seguida por la dogmática tradicional de los tratadistas de derecho civil, debido naturalmente a la influencia francesa²¹⁷, quienes consignaron en la literatura durante el siglo XX la idea de cosa juzgada asociada a la verdad²¹⁸. Sin perjuicio de ello, RIVERO, expresa que, en la legislación chilena, en lo relativo a leyes de enjuiciamiento, es destacable que las teorías materiales, asociadas a la presunción de verdad reúnen la influencia de la codificación decimonónica en instrumentos procesales – cómo el Código

²¹² Code Civil de Francia 1804, art. 3501: “L’*autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”.

²¹³ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 19.

²¹⁴ Código Civil español 1889, Art. 1252 (derogado por la LEC 200): “*Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron*”.

²¹⁵ CPC chileno Artículo 427: “*Sin perjuicio de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario.*”

Igual presunción existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes”(énfasis agregado). Art. 180: “*Siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en juicio civil, no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento.*”

²¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Op. Cit. 2006. p. 63. En el mismo sentido lo comenta PEREZ AGUILERA, Luis. Op. Cit. p. 40.

²¹⁷ ROMERO SEGUEL, Alejandro. Op. Cit. p. 15.

²¹⁸ Véase CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Imprenta Cervantes. Santiago. 1921. t. I, p. 34 En la cita referida se menciona expresamente a Pothier, tal como lo señala Romero Seguel. Asimismo, véase. RIVERO HURTADO, Renée. La Prejudicialidad en el proceso civil chileno. Thomson and Reuters. Santiago. 2016. p. 416.

de Procedimiento Civil o el Código de Procedimiento Penal, y no regulaciones sustantivas, a diferencia del caso español²¹⁹, lo que supone una novedad en de técnica legislativa en dicha materia.

c) **Teoría declarativa o transaccional de Pagenstecher.** Dentro las teorías materiales, la escuela alemana encuentra en MAXIMILIAN PAGENSTECHEER, tratadista de derecho romano, a quien atribuirle la diagramación teórica de la teoría material o sustantiva de la cosa juzgada. El autor plantea que la sentencia no se limita a declarar una realidad jurídica preexistente, sino que lisa y llanamente crea -o constituye- una realidad jurídica nueva entre las partes, es decir crea el derecho para el caso específico²²⁰, a través de una *lex specialis*²²¹, lo que explica que no pueda ser desconocida entre las partes ni por otros jueces en procesos posteriores²²².

La idea central de la teoría se construye sobre la analogía de la sentencia -y la cosa juzgada- y un contrato de transacción (también llamado de declaración) mediante el cual las partes que se atribuyen ciertas posiciones jurídicas, relaciones jurídicas o derechos subjetivos, consolidan una realidad jurídica nueva, específica y consolidada mediante dicho contrato, en el que solidifican sus posiciones y quedan en un estado de certeza y determinación sobre cuales son ahora, realmente, sus derechos y obligaciones²²³. En virtud del contrato de transacción se han creado derechos, que, al sustituir las alegaciones iniciales de las partes, se corresponden como los verdaderamente relevantes, pues son concretas y ciertas. En ese sentido, la sentencia cumpliría el mismo rol que el contrato, toda vez que da la certeza -y la inamovilidad e inalterabilidad a través de la *res judicata*- del contenido del fallo que genera una relación jurídica nueva, distinta de la alegada por las partes antes y durante el proceso, dando primacía a la decisión particular de la sentencia por sobre la regulación general de ley que pudo servir de asiento para los pretendidos derechos de las partes²²⁴. De esta manera, la sentencia sería una verdadera fuente de derechos subjetivos²²⁵, pero cuya fuente mediata o remota sería la misma ley, que es la que atribuye el efecto de cosa juzgada a las sentencias.

²¹⁹ RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit., p. 416.

²²⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 111.

²²¹ PAGENSTECHEER, Maximilian. Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess. Vol. 37. N°1. 1907. pp. 13-15.

²²² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. p. 502

²²³ PAGENSTECHEER, Maximilian. Op. Cit., pp. 13-15.

²²⁴ *Ibíd.* Véase también OLAECHEA ALVAREZ-CALDERÓN, Daniel. Op. Cit. p. 42. NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 111. PEREZ AGUILERA, Luis. Op. Cit. p. 43.

²²⁵ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 409.

Se le atribuye, también, haber teorizado sobre la posibilidad de compatibilizar la inalterabilidad de la sentencia con la posibilidad de una sentencia errónea, lo que se resuelve, según el autor, con la misma analogía iusprivatista, mediante la cual la sentencia puede ser errada en tanto haya mediado una equivocación, tal como puede ocurrir en un contrato, que origina que lo que las partes consolidan como obligaciones recíprocas en la transacción este basado en una falsa concepción de la realidad, es decir, un error²²⁶.

d) Teorías Germánicas de Kohler y von Bülow. Dentro de la escuela germana de las teorías materialistas, KOHLER sostenía que la cosa juzgada se relacionaba con la acción que se había ejercido en el proceso, al punto que el resultado del proceso, plasmado en la sentencia, permitía la creación o eliminación de la *actio* para el caso concreto²²⁷, pudiendo o no existir congruencia entre la acción originalmente ejercida y el resultado del proceso²²⁸. La diferencia más notoria con la teoría de PAGENSTECHEER consiste en que no es la declaración la que crea el derecho, sino la ejecución de aquello contenido en la sentencia²²⁹.

Por su parte OSKAR VON BÜLOW, célebre romanista de finales del siglo XIX, sostenía que la justificación de la teoría material se erigía sobre la relevancia de la sentencia y el rol del juez, entendiendo el verdadero derecho como una creación pretórica²³⁰, así, la ley general y abstracta es una creación ambigua y llena de lagunas, que no constituye sino meras directrices que “encomiendan al juez la función creadora del derecho”²³¹. De esa forma, la norma contenida en la ley no se reputa perfecta, sino es una mera potencialidad de derecho, el que se concreta como norma real en su aplicación al caso concreto en la sentencia²³².

Críticas a las teorías materiales

Las principales críticas sostenidas en contra de las teorías materiales han venido de la mano de teóricos del derecho procesal de la escuela alemana e italiana, aludiendo a que sería incompleta, imprecisa y que ella no alcanzaría más que el contenido patrimonial de

²²⁶ OLAECHEA ALVAREZ-CALDERÓN, Daniel. Op. Cit. p. 42. Esta noción de error contractual se entiende como error en tanto vicio de la voluntad de uno o ambos contratantes.

²²⁷ KOHLER, Josef. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie., XI. 1917. pp.188-189.

²²⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 49. Véase también ABITIA ARZAPALO, José. De la Cosa Juzgada en Materia Civil. Ed. M. León Sánchez. Ciudad de México. 1959. p. 52.

²²⁹ KOHLER, Josef. Op. Cit. p. 191.

²³⁰ GOLDSCHMIDT, James, *et al.* Derecho, Derecho Penal y Proceso. T. 3: El Proceso Como Situación Jurídica. Una Crítica Al Pensamiento Procesal. Marcial Pons. Barcelona. 2015. pp. 190-192.

²³¹ Ibid. p. 192.

²³² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. p. 448.

las sentencias²³³. Entre sus detractores se ha planteado, en primer lugar, que resulta forzado comprender que la sentencia tenga un rol creador de derechos entre las partes, por oposición al derecho objetivo, previo y abstracto que los jueces están llamados a aplicar en sus decisiones²³⁴. Sostener aquello supondría aceptar la existencia de dos derechos paralelos y distintos²³⁵, el que se ha creado con la sentencia respecto de las partes en un caso específico²³⁶, y el que se podría discutir a esas partes por sujetos distintos no afectados por el alcance de la cosa juzgada. Lo anterior, es particularmente relevante en sentencias que versan sobre derechos absolutos *-erga omnes-* tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, como la que declaran un estado civil *-de hijo por ejemplo- o de dominio-*, el que en virtud de la teoría material no podría ser oponible contra sujetos que no han sido partes en el proceso, pudiendo discutir dicho derecho en un proceso en el que si integren la contienda²³⁷.

Asimismo, existiría un derecho general y abstracto que tiene, en realidad, distintas concretizaciones según el “nuevo derecho especial” que se crea respecto de las partes en cada sentencia dictada por cada tribunal²³⁸.

En segundo término, se expresa la crítica en función de que las teorías materiales solo serían aplicables a la categorización de las sentencias constitutivas, o, peor, permitirían señalar que todas las sentencias son, o deben ser, constitutivas²³⁹. Lo anterior deja fuera las sentencias declarativas y condenatorias, con las que la teoría material tendría una “inconciliable coexistencia”²⁴⁰, toda vez que éstas se fundamentan, y existen precisamente para declarar, una relación jurídica anterior.

En tercer lugar, se critica a las teorías materiales en tanto no pueden explicar la posibilidad del error judicial. El error en el proceso es una posibilidad que enfrenta todo tipo de sistema de justicia, con el que debe lidiarse e incluso, como al momento de configurar el diseño del sistema, el ordenamiento jurídico selecciona los errores que se puede tolerar y

²³³ GOLDSCHMIDT, James *et al.* Op. Cit. p. 205.

²³⁴ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 76.

²³⁵ Lo que Goldschmidt llama “doble ordenamiento jurídico” GOLDSCHMIDT, James *et al.* Op. Cit. p. 24.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ DE LA OLIVA, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. p. 114. Véase también. SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Comentarios al Código. pp. 641-642.

²³⁸ CORTES DOMINGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor. Op. Cit. p. 360.

²³⁹ SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Comentarios al Código. Op. Cit. p. 640.

²⁴⁰ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 77.

arbitra los mecanismos para reducir e intentar evitar dichos errores²⁴¹. Por ello, si la sentencia supone la creación de un derecho nuevo, desvinculado de derecho previo, general y abstracto contenido en una norma, éste no podría fundarse en un error, ya que no es dependiente de una norma que le sirva de premisa, por lo que el contenido de la sentencia es inalterable e inmutable. Lo anterior resulta ser irrisorio²⁴², ya que la teoría material “se encuentra cimentada en un “judicialismo exacerbado” que niega la realidad jurídica y el realismo filosófico de que las cosas son lo que son y no lo que los jueces dicen que son”²⁴³, especialmente si el proceso se configura como un relato atado al deber de congruencia que debe guardar la sentencia con la pretensión introducida por las partes al proceso, teniendo los jueces facultades inquisitivas y oficiosas solo en casos meramente excepcionales²⁴⁴. De esta manera, no permite explicar la existencia en todos los sistemas procesales de los mecanismos de revisión y corrección de errores, vicios e injusticias en las resoluciones judiciales, típicamente asociados al régimen de recursos procesales que proceden contra las sentencias judiciales²⁴⁵.

2.1.2 DERECHO CONTINENTAL Y LATINOAMERICANO: TEORÍAS PROCESALES DE LA COSA JUZGADA

Como reacción a las críticas a las teorías materiales surgieron las denominadas teorías procesales de la cosa juzgada, durante el siglo XX, de la mano de sus principales exponentes en la escuela germánica e italiana. El fundamento común a cada una de las teorías procesales supone que la cosa juzgada es una institución eminentemente procesal, desconectada de los fundamentos materiales del derecho hecho valer en juicio y que surte sus efectos entre las partes en función de una decisión de oportunidad práctica, conveniencia social y defensa de los intereses del sistema de justicia en general en orden a la búsqueda de la seguridad jurídica²⁴⁶.

La cosa juzgada, al tener un origen procesal, es una institución de orden público que busca la vinculación entre tribunales, mediante la cual lo decidido originalmente en el primer

²⁴¹ *Supra* 1.3.1.2

²⁴² La doctrina crítica ha señalado que sostener aquello permitiría a la sentencia dar vida a un derecho en realidad inexistencia o, en caso contrario, eliminar un derecho en realidad existente. CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *La cosa juzgada penal*. Publicaciones Real Colegio de España. Bolonia. 1975. pp. 158-159.

²⁴³ PEREZ AGUILERA, Luis. *Op. Cit.* p. 69

²⁴⁴ En ese sentido véase PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, 2º edición. Aranzadi. Pamplona. 1985. p. 791.

²⁴⁵ CALAZA LOPEZ, Sonia. *Op. Cit.* p. 77.

²⁴⁶ *Ibíd.* Véase *supra* 1.3.

pleito no puede volver a discutirse, sea en tanto función excluyente como en su hebra prejudicial o positiva²⁴⁷. Se trata, entonces, de que el Estado decide dotar a ciertas y determinadas resoluciones de esta especial característica, sabiendo que existe la posibilidad de error judicial, pero comprendiendo que los fundamentos de la institución deben preferirse por sobre la aspiración de justicia -como sinónimo de corrección- en lo resuelto²⁴⁸. De esta manera, el sistema construye un entramado de recursos procesales destinados a disminuir el riesgo de la sentencia incorrecta, mas reconoce que alcanzado el estado de firmeza opera el principio de preclusión procesal y cierra la posibilidad de visitar la decisión, volviéndola inalterable. No se pretende, de esta manera, constituir un derecho subjetivo, ni una relación normativa especial aplicable al caso concreto, sino simplemente permitir que el sistema opere con reglas claras que permitan que, llegado un determinado momento, el debate termine y que la decisión no pueda ser desconocida por otro órgano jurisdiccional²⁴⁹.

a) La vinculación como efecto de la sentencia de HELLWIG Y STEIN. Ambos procesalistas alemanes tienen atribuido el mérito de haber intentado otorgar una explicación disociada de las tesis contractualistas y iusprivatistas de la cosa juzgada. Se señala por HELLWIG que la cosa juzgada no supone un cambio en relaciones jurídico-normativas de las partes ni en sus derechos sustantivos²⁵⁰. Aparece, por primera vez, el concepto de vinculación entre lo decidido y su necesidad de ser tenido en cuenta y no alterado por otro tribunal (*besondere Geltungskraft*)²⁵¹. Se trata, en consecuencia, de una regla dirigida a las partes, pero especialmente al juez llamado a conocer el segundo proceso en que el mismo asunto quiere volver a discutirse, sea completamente (efecto negativo) o en alguna de las cuestiones de hecho o de derecho que han quedado asentadas en la primera sentencia (efecto positivo)²⁵².

Por su parte, FRIEDRICH STEIN, coincidiendo con lo señalado anteriormente, ahonda en el concepto de vinculación esgrimiendo que la *res judicata* se define, precisamente, como

²⁴⁷ PRIETO-CASTRO, Leonardo. Tratado de Derecho. Op. Cit. p. 792. De Prieto Castro asumo que el opcit es a esta obra, citada en la página anterior. Pero ya antes habías citado otra (derecho procesal civil) GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 438.

²⁴⁸ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 77.

²⁴⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 113. PEREZ AGUILERA, Luis. Op. Cit. p. 72. DE LA OLIVA, Andrés. Op. Cit. p. 118.

²⁵⁰ HELLWIG, Konrad. System Des Deutschen Zivilprozessrechts. Leipzig. 1912. pp. 227-228.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid. En castellano véase DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. p. 449.

la vinculación que se crea mediante la sentencia entre o decidió por un juez y otro, quien no puede entonces pronunciarse sobre el mismo objeto²⁵³.

b) Consolidación e influencia en Goldschmidt y Rosenberg. JAMES GOLDSCHMIDT constituye uno de los principales teóricos del proceso durante el siglo pasado, especialmente debido a que su obra plantea una renovación y distanciamiento de la escuela romanista/pandectista que intenta explicar el proceso a la luz de la *litiscontenstatio* romana²⁵⁴; proponiendo como explicación alternativa que el proceso se expresa como una situación jurídica, más que como una relación jurídica de derecho privado. En ese marco teórico, adhiere a lo anteriormente expresado por HELLWIG y STEIN, sosteniendo que el proceso supone una vinculación (que el menciona también como ligazón) entre las partes, en el que existe un interés público comprometido, que obliga a que la cosa juzgada se erija como un efecto propio y distintivo de las sentencias judiciales que se hace efectivo en un segundo proceso, impidiendo la renovación de la discusión mediante un imperativo de inhibición hacia los jueces²⁵⁵. Plantea, asimismo, la necesidad de que se reconozcan efectos positivos y no solo excluyentes de la cosa juzgada, precisamente en concordancia con su idea de proceso como institución pública.

Por su parte, el aporte de LEO ROSENBERG supone incorporar de forma manifiesta el carácter de inmutabilidad e inimpugnabilidad de las sentencias judiciales como consecuencia de una teoría del proceso diversa de la concepción romana, en que la inamovilidad del fallo es consecuencia de la participación del poder estatal del juez. Se le atribuye haber dado consistencia a la teoría procesal al congeniar la teoría del proceso (situación jurídica) con la idea de consecuencia en inalterabilidad de lo resuelto²⁵⁶.

c) Escuela Italiana de CHIOVENDA. Dentro de la ciencia jurídica procesal, la dogmática procesal italiana de finales del siglo XIX y principios del XX se posiciona como una de

²⁵³ STEIN, Friedrich y JONAS, Martin. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen. 1926. p. 253.

²⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James *et al.* Op. Cit. p. 202-206.

²⁵⁵ En ese sentido, resulta clarificadora su cita que expresa “La significancia de la fuerza material de la cosa juzgada reside en sus efectos de constatación, de tal modo que el juez esta ligado, en todo futuro proceso que se promueva, a la decisión contenida en la sentencia. Esto se expresa con la fórmula “lo que se reconoce con fuerza material de cosa juzgada (en firme) no puede controvertirse de nuevo (con éxito, se entiende) y lo que se desestima con fuerza material no se puede volver (con éxito) a hacer valer”. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. 2ª edición alemana traducida por Leonardo Prieto Castro y con adiciones sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Ed. Labor, S.A., Barcelona. 1936. pp. 387-388.

²⁵⁶ ROSENBERG, Leo. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin. 1929. pp. 250-252. Véase también DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. p. 451. NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin. Op. Cit. pp. 13-14.

las escuelas de mayor influencia tanto en Europa continental como en Latinoamérica. En ese contexto la obra de GIUSSEPPE CHIOVENDA destaca por ser aquella que más profusamente intentó explicar el fenómeno de la cosa juzgada desde una óptica decididamente procesal, entendida como un efecto exclusivo de la sentencia, y de la decisión contenida en ella²⁵⁷, en tanto ésta supone un acto público del Estado, siendo la sentencia el medio para alcanzar dicha declaración de voluntad soberana estatal²⁵⁸.

Esta idea de sentencia como declaración de voluntad estatal al caso concreto permitió sostener la noción latamente difundida de la conceptualización de la cosa juzgada, en cuanto a su naturaleza, como un efecto de la sentencia²⁵⁹. De esta manera, además, el pensamiento de CHIOVENDA significó enclaustrar este particular efecto exclusivamente en la parte resolutive del fallo, dejando expresamente fuera el razonamiento jurídico y fáctico que sirve de asiento a la sentencia²⁶⁰. Lo anterior, en función de que el acto potestativo estatal se manifiesta en la decisión jurisdiccional vinculante y con la posibilidad de ejecución de ese fallo, a diferencia del proceso de fundamentación que lleva a cabo el juez, que es fruto de su inteligencia personal, pero no constituye, en sí mismo, un acto del Estado²⁶¹.

Asimismo, supone, al igual que lo hicieron HELLWIG, STEIN y GOLDSCHMIDT, alejarse de la idea de verdad, y disociarla de la cosa juzgada, entendiendo que no existe una intención de verdad en la sentencia, sino una afirmación de certeza entregada por el Estado de forma definitiva e inmutable²⁶². Esta idea fue exportada y seguida en España y Latinoamérica,

²⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. Op. Cit. p. 425.

²⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho. Op. Cit. pp. 415 y 416 “El juez por lo tanto en cuanto razona no representa al Estado: lo representa en cuanto afirma su voluntad. La sentencia es únicamente la afirmación de una voluntad del Estado que garantiza a alguien un bien de la vida en el caso concreto; y solo esto puede extenderse la autoridad de lo juzgado; con la sentencia se llega únicamente a la certeza de la existencia de una tal voluntad (I). Esta doctrina moderna, considerando particularmente el lado público del derecho procesal llega así a conclusiones que son una vuelta a los principios romanos”.

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*

especialmente en los procesos de codificación de principios del siglo pasado, tal como ocurrió en el caso de Chile²⁶³, Uruguay²⁶⁴, Argentina²⁶⁵ y Brasil²⁶⁶.

En una perspectiva similar a la de CHIOVENDA se expresó también CALAMANDREI, quien enseña que la sentencia constituye una declaración de voluntad de la autoridad en la que coincide el hecho específico legal -supuesto de hecho de la norma legal- y el hecho específico real obra del actuar del hombre -hechos del proceso introducidos por las partes- generando un precepto individual de aplicación de la norma general al caso específico²⁶⁷. Coincide con CHIOVENDA en que ese trabajo de construcción de premisas normativa y fáctica es relevante para las conclusiones del fallo, pero que una vez que se han extinguido todos los medios para modificarlo o impugnarlo dichas conclusiones son independientes de sus premisas originales, siendo solo estas las que producen el efecto de cosa juzgada²⁶⁸.

Por su parte, FRANCESCO CARNELUTTI sigue, salvo algunos matices²⁶⁹, la misma línea de los autores anteriormente citados, destacando como posición personal la teorización de la distinción clásica entre dos efectos de la cosa juzgada, la denominada material -o sustancial- y la cosa juzgada formal²⁷⁰, entendiendo ésta como presupuesto de aquella, en el sentido de que, habiéndose producido la imposibilidad de ulterior impugnación, formal,

²⁶³ ROMERO SEGUÉ, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. pp. 17-18. . De la misma manera puede reconocerse en la doctrina Latinoamericana más destacada una lectura de clara influencia chiovendiana. Véase por ejemplo COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 409. COLOMBO CAMPBELL, Juan. La Jurisdicción en el Derecho chileno. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Vol. 8. N° 8. 1968. ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 134.

²⁶⁴ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 400 y siguientes.

²⁶⁵ RIVERO, Ivana. La cosa juzgada irrita. Revista de Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires. N° 1. 2013. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66204&print=1>. Fecha de consulta 10 de enero de 2020.

²⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. Ed. RT. São Paulo. 2005. p. 35.

²⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código. Volumen I, Traducida por Santiago Sentis Melendo y prologada por Hugo Alsina. 2ª edición italiana. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1962. pp. 159-160.

²⁶⁸ *Ibid.* Esta idea actualmente superada puede revisarse en forma extensa en *infra* Parte Segunda 2.3.2 y Parte Cuarta 2.2

²⁶⁹ Se sostiene que para Carnelutti la cosa juzgada no sería un efecto emanado de la voluntad de la ley en un acto potestativo del Estado, sino que entiende que la ley ordena que el fallo del juez tenga el mismo valor que la ley. De la misma manera, Carnelutti no considera, necesariamente, que la cosa juzgada se agote en la parte exclusivamente resolutoria, sino que podría abarcar cuestiones previas, así, expresa: "las cuestiones de fondo juzgadas no sólo son las expresamente resueltas, sino también aquellas cuya solución sea una premisa necesaria para la solución de las primeras, y que, por tanto, se resuelven implícitamente (el llamado fallo implícito)". CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. p. 136

²⁷⁰ Para un tratamiento detallado de esta clasificación de la cosa juzgada véase 2.3 *infra*.

se originará la imposibilidad de una nueva discusión sobre el mismo asunto ante el mismo tribunal o cualquier otro, es decir, sustancial²⁷¹.

d) Innovaciones introducidas por Liebman. La obra de ENRICO TULLIO LIEBMAN surge como una reacción a la difundida escuela italiana de la primera mitad del siglo pasado, constituyéndose en una referencia tanto en Europa continental como en Latinoamérica²⁷². La principal idea de LIEBMAN²⁷³, y que lo diferencia de sus predecesores, plantea la necesidad de reconfigurar la noción de la cosa juzgada no como un efecto de la sentencia, atribuido a la autoridad estatal por CHIOVENDA, sino como una cualidad de los efectos de ésta²⁷⁴, es decir, la cosa juzgada es un atributo de los efectos de la sentencia, pero no es, en sí misma un efecto. Los efectos de la sentencia, explica LIEBMAN, dependerán del tipo de tutela y de proceso al que pongan fin, dependiendo de si se trata de una sentencia constitutiva, de condena o meramente declarativa, ya que son esos efectos los que producen una determinada consecuencia. La cosa juzgada aparece como una especial aptitud de esos efectos, que no es otro que lo que en el lenguaje común referido a esta institución es la “inmutabilidad, definitividad, intangibilidad, indiscutibilidad; términos que expresan todos ellos una propiedad, una cualidad particular, un atributo de un objeto al cual se refieren, ya que por sí solos son expresiones, carentes de contenido y de sentido”²⁷⁵.

El autor italiano sostiene, entonces, que lo que es inmutable es el efecto que genera la sentencia, no la sentencia misma, y esa inmutabilidad es la cualidad de dichos efectos, así, enseña que “la autoridad de la cosa juzgada no es el o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, cualesquiera que sean, varios y diversos, según las diferencias categorías de sentencias”²⁷⁶.

²⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho Procesal Civil. V 1. Editorial UTEHA. Buenos Aires. 1944. p. 322. También en: CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. 1959. Op. Cit. p. 136.

²⁷² OVALLE FAVELA, José. Derecho procesal civil. 10a. ed. Oxford University Press México. 2013. p. 223.

²⁷³ En ese sentido véase MATURANA MIQUEL, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p 32. MACHADO MARTINS, Priscila. La cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección. Revista chilena de derecho. Vol. 46. N°3. 2019. p. 743. RUBIO GARRIDO, Tomas. Op. Cit. p. 389.

²⁷⁴ LIEBMAN, Enrico. Eficacia ed autorità. Op. Cit. En castellano LIEBMAN, Enrico. Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada. Traducción Santiago Santís Melendo. Ediar. Buenos Aires. 1946. p. 23.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Ibid.*

Asimismo, LIEBMAN señala que resulta indispensable distinguir entre la eficacia de la sentencia y la autoridad de la cosa juzgada. Para ello, expresa que la autoridad de la cosa juzgada es la cualidad de los efectos de la sentencia que busca su inmutabilidad, tal como se mencionara anteriormente, y, a contrafraz de moneda, la eficacia es el mandato de cumplimiento, o, en sus términos “se puede genéricamente definir como un mandato, ya tenga la finalidad de declarar la certeza, ya tenga la de constituir, modificar o determinar una relación jurídica”²⁷⁷. De esta manera la eficacia es el decreto de la sentencia que implica su cumplimiento, no su inmutabilidad; lo anterior, explica el autor, permite entender que pueda existir ejecución provisional de las sentencias, por lo que con dicha ejecución el contenido del fallo se hace eficaz, por ejemplo, se entrega el bien que la sentencia ordena entregar al reivindicante, pero dicho fallo aún no ha alcanzado el estado de inmutabilidad, toda vez que continúa pendiente la posibilidad de su modificación a través de los recursos y vías de impugnación que se sean procedentes²⁷⁸. Sólo cuando dichas vías de impugnación ya no sean posibles, se alcanza el estado de invariabilidad, y ese es, precisamente, el que debe entenderse como autoridad de cosa juzgada²⁷⁹.

De cualquier modo, vale la pena señalar que, dentro de la teoría de LIEBMAN, sigue existiendo la idea de una institución evidentemente procesal, justificada en la necesidad de acrecentar la estabilidad de las decisiones contenidas en las sentencias, así como sostener que la cosa juzgada es en sí misma una cuestión unitaria en todo sentido²⁸⁰, es decir, entendiendo que se trata de una misma institución tanto en el efecto positivo como negativo; que la cualidad de la cosa juzgada no depende del resultado del proceso (estimatorio o desestimatorio) y que se forma la cosa juzgada en toda sentencia firme, cualquiera que sea la categoría doctrinal a la que dicha sentencia se inserte (constitutiva, declarativa, de condena)²⁸¹.

En lo que respecta a España, siguiendo a CALAZA²⁸², puede decirse que la doctrina clásica y la más reciente se manifiestan a favor de las teorías procesales de la cosa juzgada, tal como queda demostrado en la literatura especializada²⁸³. La discusión habría quedado

²⁷⁷ *Ibíd.* p. 50.

²⁷⁸ *Ibíd.* p. 73.

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ MACHADO MARTINS, Priscila. La cosa juzgada material. Op. Cit. p. 744.

²⁸¹ *Ibíd.* En el mismo sentido RUBIO GARRIDO, Tomas. Op. Cit. p. 303.

²⁸² CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 80.

²⁸³ GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 555. GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Parte General. 6º edición. Artes Gráficas y ediciones Madrid. 1962. p. 359 “Nuestro C.C. la define (la cosa juzgada) como presunción *juris et de jure*, o más propiamente,

zanjada con la entrada en vigencia de la LEC del año 2000 y lo dispuesto en los art. 207 y 222, que reconfiguraron la consagración positiva de la cosa juzgada, derogando las disposiciones que trataban sobre ella en el Código Civil, y concediendo a la *res judicata* una regulación moderna centrada en los puntos de tensión antes descritos, alejándola de la noción de ficción o presunción de verdad²⁸⁴ (teorías materiales) y consagrándola como una institución “*esencialmente procesal, dirigida a impedir la repetición indebida de litigios y procurar, mediante el efecto de vinculación positiva de lo juzgado, la armonía de la sentencias*”²⁸⁵.

De esta manera, la normativa actual, como expresa TAPIA, ha supuesto una regulación “precisa y coherente”²⁸⁶, tomando en consideración el aporte de la literatura científica y el tránsito seguido a tal respecto por la jurisprudencia²⁸⁷.

Un lineamiento similar ha sufrido la cosa juzgada en Chile, habiendo transitado desde la idea de presunción de verdad hacia un concepto de naturaleza procesal que hoy parece indiscutible tanto en doctrina como en jurisprudencia, aunque alguna parte de la dogmática, como por ejemplo ROMERO, estima que el Código de Procedimiento Civil chileno supuso un reconocimiento desde su origen a este tránsito²⁸⁸, tal como sería el caso de que la infracción de las normas relativas a la cosa juzgada, en el evento de no respetarse la existencia de un fallo anterior que ha alcanzado dicha autoridad, es una causal del recurso de casación en la forma²⁸⁹, entendido como el recurso destinado a las infracciones procesales y no a problemas de fondo o sustantivos²⁹⁰. Lo anterior permitiría posicionar al CPC como una norma ecléctica, notoriamente influida por la doctrina material de la

como ficción de verdad. Pero esta concepción es equivocada. La declaración de la sentencia firme no vale por ser verdadera; ni tiene sentido el decir que una conclusión jurídica haya de ser tenida por verdadera. Verdaderos o falsos pueden ser los hechos de que el fallo parte. Mas justamente a esa declaración de hechos, en la motivación, no se extiende el efecto vinculante de la sentencia”. PRIETO-CASTRO, Leonardo. Derecho Procesal Civil. Op. Cit.p. 204. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Op. Cit. p. 118.

²⁸⁴ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 21.

²⁸⁵ Epígrafe IX de los Motivos de la Ley. Ley de Enjuiciamiento Civil del 7 de enero de 2000.

²⁸⁶ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 22.

²⁸⁷ En tal sentido la autora destaca los aportes que la doctrina española de De la Oliva. Véase: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la cosa juzgada. Op. Cit.

²⁸⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 14. . El autor señala el reconocimiento de las teorías materiales en artículos como el 427 inciso segundo del CPC, pero reconoce que la causal de la casación en la forma sería un giro hacia las teorías procesales.

²⁸⁹ Art. 768 del CPC: “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: N°6: En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio”.

²⁹⁰ Se trata de un recurso de invalidación por infracción procesal similar al Recurso extraordinario por infracción procesal en el orden civil regulado en los Arts. 468 y siguientes de la LEC.

escuela iusprivatista de la codificación sustantiva, pero consciente de la naturaleza procesal de la institución.

Adicionalmente, el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil regula la cosa juzgada de manera reformada, a tono con la idea de las teorías procesales de la cosa juzgada, toda vez que el mensaje de la ley enviado al Congreso Nacional expresa “*Asimismo, en materia de cosa juzgada, recogiendo las tendencias modernas en esta materia*”²⁹¹, lo que además se ve reflejado en el art. 216 del proyecto de Código, constituyendo un reconocimiento explícito respecto a la naturaleza y origen procesal de la institución.

2.1.3 NATURALEZA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO DEL COMMON LAW

Tal como se ha mencionado anteriormente en este apartado, en el derecho anglosajón la pregunta metafísica sobre la naturaleza jurídica de determinados conceptos o instituciones no suele copar el interés de los comentaristas ni de la jurisprudencia. Se trata, por regla general de establecer el alcance práctico y los efectos de la cosa juzgada, más que una búsqueda de averiguación axiológica de la misma²⁹². Así, la mayoría de la dogmática, tanto en la literatura como en la jurisprudencia, se acerca al concepto de *res judicata* a través de sus consecuencias, y en el evento de buscar un sustento teórico, se refieren más a su fundamento, lo que se ha denominado la *rationale* en el Capítulo anterior²⁹³, y sobre el cual es posible constatar el esfuerzo de la teoría del derecho y el derecho procesal, tanto en Inglaterra y Gales como en otros países de la tradición del derecho común.

Sin perjuicio de esta aclaración, es posible encontrar algunas referencias que, sin expresar que se adentran en la “naturaleza” de la cosa juzgada, dan cuenta de estar lidiando con una problemática similar a lo que su contraparte continental ha intentado hacer por esa vía. En ese sentido existen referencias a la *res judicata* en función del concepto de verdad, tal como ocurriera en la escuela de las teorías materiales. De esa manera, la temprana jurisprudencia de Estados Unidos se ha detenido a expresar que la *res judicata* es un efecto de la sentencia, y que la sentencia supone una expresión de la verdad, tal como

²⁹¹ Mensaje del proyecto de Ley que Crea el Código Procesal Civil. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>.

²⁹² . En tal sentido véase la reflexión de McCormick “El mundo de los seres humanos es uno que incluye no solo realidades y hechos puramente físicos, sino también hechos institucionales. A modo de una definición preliminar, estos son hechos que dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo” MACCORMICK, Neil. Instituciones del derecho (trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne). Marcial Pons. Barcelona. 2011. p. 393.

²⁹³ Véase *Supra* 1.3.2

ocurre en el caso *Jeter v. Hewitt* en donde la Suprema Corte Federal señaló que el fallo que da origen a la cosa juzgada “*debe ser aceptado como una irrefutable verdad legal*”²⁹⁴, reconociendo una suerte de contenido de “verdad” creado por la sentencia. Adicionalmente, el mismo célebre fallo señala que “ninguna evidencia puede pretenderse de la fuerza suficiente para hacer frente a la presunción de verdad que (la sentencia previa) crea, y ningún argumento puede desmentir o evitar su eficacia legal”²⁹⁵

Esta relación entre sentencia y verdad supone una relación estrecha con las teorías de la escuela francesa revisadas *supra*²⁹⁶, especialmente con lo señalado por POTHIER, pero cabe hacer la advertencia que la explicación de la referencia explícita a la presunción de verdad se explica en función de que el caso citado supone el ejercicio de facultades a nivel Federal de la Corte Suprema, ante la problemática de dos procesos presentados en estados distintos, siendo uno de ellos el de Louisiana, donde existe un sistema jurídico estatal de corte continental y un sistema de fuentes codificadas debido al origen de dicho territorio como colonia francesa, que explica que en dicho estado exista un código civil que regula expresamente la cosa juzgada como presunción de verdad, tal como el código napoleónico de 1804 y el español de 1889. Por lo tanto, la Corte Suprema cita la idea de Louisiana, y por consiguiente la idea francesa de *res judicata* en tanto supone el derecho material aplicable al caso, y no porque crea, o le interese cuestionarse en forma ineludible, la naturaleza de la cosa juzgada como una presunción de verdad.

2.1.4 PERSPECTIVA EPISTÉMICA-PROCESAL DE LA COSA JUZGADA

2.1.4.1. REGLAS CONTRA-EPISTÉMICAS EN EL PROCESO CIVIL

Dentro del proceso civil, y, en general, dentro del proceso judicial como institución jurídica, es posible encontrar como uno de sus principales objetivos la averiguación de la verdad²⁹⁷. Habrá, incluso, quienes sostengan que debe comprender al mencionado objetivo como el *ethos* del sistema de justicia, y que en tal sentido deberá transitar el diseño institucional que sirva dicho propósito²⁹⁸. La verdad supone conocimiento, y en tal sentido encomienda a los intervinientes del proceso judicial la tarea de introducción

²⁹⁴ *Jeter v. Hewitt*, 63 U.S. 352 (1859). Se cita incluso la máxima romana “*Facit excurvo rectum, ex albo nigrum*”

²⁹⁵ Ibid. “No other evidence can afford strength to the presumption of truth it creates, and no argument can detract from its legal efficacy”

²⁹⁶ Véase. 1.4.1.

²⁹⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 133.

²⁹⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2007. pp. 67-68.

de antecedentes que permitan aportar dicho conocimiento respecto de los enunciados sobre los hechos que componen la verdad que las partes proponen como antecedente fáctico de su pretensión.

Como cualquier rama del saber humano, el derecho, y en este caso particular el proceso supone un ejercicio contra la incertidumbre²⁹⁹, una búsqueda de respuestas propia del quehacer humano en el que se somete a comprobación un determinado enunciado. Lo anterior, podría llevar al equívoco de señalar que no existe ninguna gran diferencia nuclear entre el proceso procedimientos, típicamente científicos, en que se persigue el mismo objetivo, averiguar la veracidad de una hipótesis con cargo a la observancia de determinada evidencia que da cuenta de su corroboración³⁰⁰, sin embargo, a poco andar en la estructura del proceso judicial se hacen evidentes diferencias insoslayables respecto de la averiguación de la verdad en otras sedes. El proceso judicial, como ha señalado BAYÓN, está caracterizado por un contexto institucional, es decir, sometido a un conjunto de normas que dotan de estructura y requisitos que moldean este método, una serie de reglas que suponen encausar la forma en que el conocimiento es verificado, un cúmulo de etapas y pasos que deben verificarse para la introducción al proceso de los antecedentes corroborativos de la veracidad de los enunciados sobre los hechos que se hacen valer³⁰¹. En dicho marco institucional es posible reconocer determinados criterios que impiden el conocimiento de los hechos, o enunciados sobre ellos, por parte de los sujetos llamados a tomar la decisión. Se trata de elementos que son caracterizados como obstativos del conocimiento, y por consiguiente denominados contra-epistémicos³⁰².

Estos elementos son considerados por el sistema de justicia como valiosos, tanto intrínsecamente o como parte de un entramado normativo que se encuentra en función de otro de jerarquía superior, como las normas constitucionales y supraconstitucionales, lo que LAUDAN denomina valores no epistémicos de política pública³⁰³. De esa manera,

²⁹⁹ VALENZUELA SALDIAS, Jonatan. Hechos, Pena y Proceso: Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno. Rubicón Editores. Santiago. 2017. p. 11.

³⁰⁰ FERRER BELTRAN, Jordi. Prueba y Verdad en el Derecho. Marcial Pons. Barcelona. 2005. Pp. 23-40. Véase también. VALENZUELA SALDIAS, Jonatan. Op. Cit., pp. 69-78.

³⁰¹ BAYON, Juan. Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano. Revista Mario Alfaro D' Filippo. Vol. 2. N°4. 2010. p. 7. También GASCÓN ABELLAN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Vol. 28. 2005. p. 128.

³⁰² *Ibíd.* Laudan los refiere, en el original en inglés, como *non-epistemic rules*. LAUDAN, Larry. Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology. Cambridge University Press. Cambridge. 2006. p. 21.

³⁰³ *Ibíd.* p. 21

esos valores son privilegiados respecto al objetivo de averiguación de la verdad, prefiriéndose por sobre éste³⁰⁴, de forma que se haga primar la regla que evita que el conocimiento pueda ser considerado para tomar una decisión, la paradoja - epistémicamente hablando- es que dicho conocimiento existe y se encuentra disponible, pero es de cualquier modo apartado del mecanismo de comprobación, considerando a sabiendas, que eso puede disminuir la correspondencia de la sentencia con la materialidad de los acontecimientos.

Como ejemplos de este tipo de propuestas contra-epistémicas son habituales en la literatura del derecho probatorio, especialmente en el proceso penal, con ocasión de la regulación de la exclusión de prueba, como una excepción al principio general de inclusión³⁰⁵. Así, la prueba ilícita se excluye fundada en el respeto a los derechos fundamentales de los justiciables, impidiendo la incorporación de evidencia obtenida de forma atentatoria de dichos derechos fundamentales, incluso si dicho material pudiera ser de relevancia para la comprobación de la hipótesis de alguno de los intervinientes.

Se trata, entonces, de un conjunto de institutos que, pese a no ir en la dirección tendiente a la averiguación de lo ocurrido- de hecho, sus consecuencias suelen ser diametralmente lo opuesto³⁰⁶- de todas maneras, cumplen un rol fundacional en el sistema de justicia, al punto que su consagración, o ausencia de ella, permite muchas veces diagramar las características distintivas de un sistema procesal, develando sus diferencias o similitudes a nivel comparado. Desde ese punto de vista es posible sostener que estas instituciones, que son caracterizarles como anti epistémicas, no fueron concebidas específicamente con un objetivo obstativo a la verdad, sino que es una consecuencia satelital del rol que cumplen en el proceso, siendo su función contra-epistémica un efecto de aquella. Dentro de ese conjunto de reglas es posible mencionar a la exclusión de prueba ilícita - *exclusionary rule*- a la regla de exclusión de los testigos de referencia³⁰⁷ -*hearsay*- los privilegios en pruebas declarativas -*privileges*- y el principio de no autoincriminación³⁰⁸,

³⁰⁴ DEL RÍO FERRETI, Carlos. Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°34. 2010. p. 356.

³⁰⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional. Op. Cit. p. 68.

³⁰⁶ LAUDAN, Larry. Op. Cit. p. 22.

³⁰⁷ En el Artículo 383 del CPC se les denomina “de oídas” a lo que no han percibido directamente, sino por referencia de otros, los hechos sobre los que declaran.

³⁰⁸ CÁCERES NIETO, Enrique. Epistemología Jurídica Aplicada. En: FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (Coord). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 3. UNAM. Ciudad de México. 2015. p. 2287.

limitaciones temporales como plazos de prescripción y términos legales para la realización de una actividad procesal, las reglas de preclusión y, finalmente, las reglas de clausura del sistema que hace primera la definitividad de la decisión por sobre otras consideraciones de certeza, como la cosa juzgada.

Las reglas de clausura, que impiden el ejercicio de facultades procesales, no suelen ser mencionadas por la literatura probatoria como reglas no epistémicas, sin embargo, cumplen accesoriamente una función como la descrita previamente en tanto se relacionen con la actividad probatoria o, *latu sensu*, con la averiguación de los hechos. Así, tómesese como muestra la inhibición que sobreviene a la extinción de un plazo fatal para agregar un documento al proceso -el que según la configuración del procedimiento podría ser también una oportunidad, como una audiencia- impedirá que dicha pieza de evidencia esté disponible para el tribunal, sin perjuicio de que en él puede contenerse información de gran valor epistémico y fiabilidad para la construcción de la premisa fáctica.

Así, por ejemplo, en el procedimiento civil chileno los documentos pueden acompañarse en una determinada etapa del juicio, tras la cual dicha facultad precluye en virtud de haber transcurrido el plazo o la oportunidad para ello, no obstante la relevancia que pueda tener un documento que una de las partes desee acompañar, y que no le sea imputable el no haberlo acompañado durante el periodo establecido para ello. Lo anterior podría significar, en un sistema probatorio como el del CPC, que la sentencia decante por alguna de las opciones diametralmente opuesta a la epistémicamente más correcta, como ocurriría en el caso de que el demandado en un juicio ordinario haya hecho valer una excepción de pago, pero no haya tenido a su disposición el soporte material el documento donde consta dicha solución³⁰⁹.

En virtud del art. 310 CPC la excepción referida pueda hacerse valer incluso después de la contestación de la demanda, pero siempre que conste en un antecedente escrito. En este caso el pago existe, materialmente ha ocurrido y, además, consta por escrito, solo que no ha podido estar a disposición del demandado hasta después de citadas las partes a oír sentencia, de forma tal que no podrá acompañarse el instrumento que la ley requiere para

³⁰⁹ Algo equivalente a lo que ocurre en el Procedimiento Civil Ordinario Español, de acuerdo a lo dispuesto en la LEC en el artículo 269. *Consecuencias de la falta de presentación inicial. Casos especiales.*

1. *Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que, según los preceptos de esta Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, si no se dispusiese de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente.*

permitir la interposición de la excepción, pero aún más importante, para poder tenerla por verdadera, de forma que el pago podría quedarse sin posibilidad de acreditarse, conduciendo a que la excepción se rechace y la demanda sea acogida³¹⁰.

De la misma manera, ocurriría si el demandante requiere probar la existencia de un contrato civil que en virtud de los art. 1708 y 1709 del Código Civil no pueden probarse por testigos³¹¹, y no cuenta con el documento en que consta la obligación en la oportunidad referida.

Como se ha enunciado, ninguna de estas reglas están establecidas esencialmente para impedir que el tribunal tome conocimiento, o si ha tomado, que sea de mejor calidad, sino que responden a otros criterios valorativos considerados relevantes tanto para regular la forma de suscribir contratos según la relevancia de la cuantía de su objeto conforme al derecho sustantivo, o en directo beneficio del cierre de las etapas que conforman el procedimiento civil, señalando que en algún punto debe clausurarse el debate, en atención a la limitación temporal que afecta a la justicia civil, tanto a nivel específico -el caso concreto- como en términos agregados -el uso de recursos del sistema total en el incurre cada caso, y que impide que los proceso mantengan abierta las contiendas abiertas de forma indefinida³¹². No obstante, su función complementaria queda de manifiesto, tal como se ha señalado, pudiendo categorizarse como reglas que inhiben, impiden u obstaculizan el conocimiento del juez.

2.1.4.2 COSA JUZGADA COMO REGLA CONTRA-EPISTEMICA

En los términos referidos en el párrafo anterior, la reglas que clausuran la discusión en el proceso civil, que apuntan a la estabilidad de las decisiones judiciales e impiden que se vuelva a discutir la misma controversia, inhibiendo la reiteración de procesos, se erigen, de forma adicional a esa función, como reglas que obstan a la averiguación de la verdad y la corroboración de correspondencia de los enunciados fácticos de las partes con la realidad.

³¹⁰ *Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de noviembre de 2016, Rol 1891-2016. Considerando Séptimo.*

³¹¹ Art. 1708 del Código Civil de Chile: *No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.* Art. 1709 del Código Civil de Chile: *Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que Art. 6° valga más de dos unidades tributarias.*

³¹² SORABJI, John. English Civil Justice. Op. Cit. pp. 167-170.

En tal sentido, el conjunto de doctrinas que componen la cosa juzgada supone consagrar un entramado normativo, más o menos explícito en la legislación positiva, mediante el cual el sistema de justicia fija sus propias válvulas de cierre, impidiendo que la discusión de un determinado asunto se prolongue indefinidamente en el tiempo, volviendo la decisión ya tomada en inalterable. Adicionalmente, y como complemento de esta inmutabilidad adquirida por la sentencia, se agrega la completa prohibición, salvo casos muy excepcionales, de volver a discutir en juicio el mismo asunto, dando de esta manera operatividad a la regla de clausura no solo en el proceso en el que discute, sino que respecto de cualquier otro que se pueda desarrollar en el futuro. Tal como se ha planteado *supra*³¹³, la finalidad asociada al ejercicio jurisdiccional puede no ir necesariamente de la mano de la decisión correcta, entendida esta como la aplicación correcta de la norma general a los supuestos de hecho específicos de cada caso. Este conflicto entre decisión correcta, o también denominada como justa, por una parte, y decisión final producto de un proceso judicial, por la otra, despierta gran atención desde un punto de vista epistémico, toda vez que el sistema de justicia no dispone de recursos ilimitados que permitan agregar siempre mejor evidencia al asunto con el objeto de tener mayor certeza sobre la decisión definitiva que debe tomarse, siendo indispensable, en algún punto, clausurar la discusión.

Es por ello que, producto del contexto institucional en el que se desenvuelve el proceso, las limitaciones temporales aplicables, la urgencia de usar el sistema en otros casos y la necesidad del ordenamiento jurídico de estabilizar las relaciones jurídicas en aras de la paz social y la seguridad jurídica, es posible que lo resuelto de forma definitiva no sea, necesariamente, lo resuelto correctamente, si se prefiere, “respetar lo establecido por normas jurídicas que regulan los juicios no significa que una este epistémicamente justificada”³¹⁴, es decir, la decisión jurisdiccional prefiere el respeto a las normas procedimentales que establecen momentos específicos para la realización de actuaciones procesales, por sobre la posibilidad de no establecer dichas oportunidades ante la expectativa de un mejoramiento en los medios de juicio disponibles para la decisión correcta, bajo el costo de mantener la indeterminación de las relaciones jurídicas. En esa decisión va envuelta de forma subyacente la representación del juez y del sistema en general, de que la decisión podría ser “más correcta” epistémicamente si pudiera allegarse

³¹³ Véase *Supra* 1.3

³¹⁴ CÁCERES NIETO, Enrique. Op. Cit., p. 2280.

al proceso mejor información en cualquier momento, pero dicha posibilidad cede ante otros fines o valores que el sistema ha privilegiado por sobre aquella. Decimos, entonces, que se produce una paradoja epistémica, en la que para proteger la certidumbre y la estabilidad, la *res judicata* traiciona a la verdad. A estos dos intereses conflictivos se les ha denominado debate entre infalibilidad y definitividad³¹⁵.

Este problema puede reconducirse a la justificación misma de la existencia de reglas de clausura, pero desde el punto de vista de la epistemología del proceso el prisma se centra en los errores que el sistema puede cometer, y los mecanismos con que dicho sistema cuenta para poder corregir dicho error. Resulta, entonces, interesante expresar que todos los sistemas procesales están conscientes de la imposibilidad de que no existan equivocaciones, dado que los jueces no son infalibles, y que el diseño institucional del proceso puede ser moldeado, incluso definido o caracterizado según las formas de hacerse cargo de dichos errores. Así, el típico ejemplo de institución procesal establecida para corregir el error son los recursos procesales, consagrados para permitir una revisión, en sentido amplio, de lo resuelto por un tribunal, típicamente superior jerárquico y colegiado, de lo que ha fallado el juez de la instancia. De esa manera, el error cometido por parte del sentenciador está sujeto a un número variable de revisiones, tantas como recursos aguas arriba existan, en la búsqueda de intentar evitar el conflicto antes descrito: que la sentencia final, aquella que adquiere la firmeza, este en correspondencia con lo correcto, es decir que al final de la discusión el caso se haya resuelto de forma apropiada.

En ese contexto, el error judicial permite abrir el debate sobre la cosa juzgada para este análisis, pues la *res judicata* se presenta como una regla que impedirá en un momento determinado, tras la firmeza de la sentencia, la corrección de estos errores, por ejemplo, por haberse encontrado nueva evidencia que, en un momento anterior, cuando era pertinente acompañarla al proceso para ser considerada, no se encontraba disponible, o estuvo en conocimiento de la parte a quien podría haber beneficiado. Así, la operatividad de la cosa juzgada supone que los mecanismos de revisión y corrección de errores previstos por el sistema para tal propósito hayan cumplido formalmente su cometido. Valdría decir, en consecuencia, que, si tras haber operado los sistemas de revisión el error aún persiste, la cosa juzgada es el golpe de gracia que hace patente la derrota de esos

³¹⁵ CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Op.Cit.. p. 5

mecanismos de revisión, solidificando una decisión incorrecta bajo su manto de inalterabilidad³¹⁶.

El conflicto epistémico de la cosa juzgada surge ante la posibilidad de revisitar esa decisión, especialmente si en el segundo momento se cuenta con más y mejor evidencia que permita que la decisión que se pudiera tomar en la nueva oportunidad fuese “más correcta”. Lo anterior, puede ejemplificarse con la aparición sobreviniente a la firmeza de la primera sentencia de un documento desconocido, o un testigo del que no se tenía conocimiento, o del avance de la ciencia que mediante una nueva técnica permite determinar, a través de prueba pericial o científica, la exactitud de un resultado de laboratorio o descartar un actuar negligente. Ante tal escenario las reglas de finalidad del proceso no permitirán que dicha controversia vuelva a reabrirse, fundado en los valores de estabilidad del sistema y seguridad jurídica (normativa)³¹⁷.

De esta manera, si en el proceso se contienen las reglas que impedirán que se disponga de mayor o mejor información para la resolución de asunto litigioso decimos que estamos ante una regla de valor no-epistémico³¹⁸. Esta categorización es aplicable a cualquiera de las funciones de la cosa juzgada, tanto la denominada negativa o excluyente (*cause of action estoppel* en el derecho anglosajón) como la función prejudicial o positiva (*issue estoppel* en el *common law*), toda vez que para fines de repetir la discusión y poder acompañar al proceso pruebas que mejoren la decisión original no es relevante que trate de toda la cuestión decidida o solo de algún punto específico que supone una vinculación o conexión de prejudicialidad entre los procesos. Entonces, la *res judicata* funciona, inicialmente, como una prohibición de rendir prueba nuevamente, y que luego se extiende a la prohibición de discutir o presentar ante el tribunal el asunto.

2.1.4.3 PLANTEAMIENTOS Y PERSPECTIVAS DESDE ESTA INVESTIGACIÓN

Desde nuestra perspectiva, la cosa juzgada opera indudablemente como una regla contra-epistémica, aunque su función principal no es esta, sino la de impedir que un proceso con

³¹⁶ Lo que en HITTERS expresa en términos de establecer reglas de cosa juzgada que terminen el debate, pero no lleguen al extremo de una *res judicata* “divina” completamente inatacable, de forma tal de encontrar “equilibrio” entre seguridad (certeza) y justicia (corrección). HITTERS, Juan. Op. Cit. p. 172.

³¹⁷ Adicionalmente, la cosa juzgada no suele ser objeto de impugnación en los procesos civiles de ninguna tradición, dejando las hipótesis de reapertura restringidas a casos marginales en evidente fraude o prevaricación. Como ocurre en la revisión civil regulada en el art. 810 del CPC. En ese mismo sentido en el derecho del *common law* véase ZUCKERMAN, Adrian. Finality of litigation - setting aside a final judgment. Civil Justice Quarterly. N° 27, Vol. 2. 2008. p. 152.

³¹⁸ LAUDAN, Larry. Op. Cit., p. 21.

objeto idéntico vuelva a repetirse. Así, es posible entenderla a través de las siguientes características:

- a) Es una regla contra-epistémica (probatoriamente) indirecta. A diferencia de lo que ocurre con reglas como la exclusión de prueba por ilicitud o los privilegios que impiden la declaración de un testigo o una parte, la cosa juzgada no tiene como principal objetivo impedir la rendición de una prueba, que se realice una diligencia probatoria o que una determinada pieza de evidencia sea presentada ante el sentenciador, tales serían categorizables como (probatoriamente) directas, se relacionan con y están en función de, la prueba, como momento del procedimiento en cualquiera de las etapas de la actividad probatoria.

De esta manera, la cosa juzgada resulta ser un obstáculo epistémico en tanto impide que se lleve a cabo todo el procedimiento, no solo la etapa probatoria respectiva. Por lo tanto, podemos afirmar que su función contra-epistémica no es directa, pues no es el objetivo principal de la existencia de la *res judicata*, sino una verdadera consecuencia accesoria -para el proceso en general- de que no se puede volver a promover un nuevo litigio. Es una regla indirecta pues no habrá prueba como efecto de que no haya procedimiento alguno.

- b) Es una regla contra-epistémica procesalmente fuerte. Se trata de la regla contra-epistémica más fuerte en el sistema de justicia. Hablamos aquí de una fortaleza de carácter procesal, no epistémico, es decir, no es que la cosa juzgada suponga un atentado de mayor intensidad contra la obtención del conocimiento en el juicio, ni perjudique más la averiguación de la verdad, indefectiblemente, que otras reglas de este tipo, sino que su posición dentro del proceso es mucho más fuerte, cuestión que se comunica a su función contra-epistémica. En otras palabras, la posición privilegiada de la cosa juzgada en el diseño del sistema de justicia se traslada a la función secundaria, aquella en que la describimos como regla anti epistémica.

Esta fortaleza sistémica se representa en función de dos razones principales. Primeramente, las reglas que protegen la definitividad de las decisiones judiciales suelen ser objeto de una regulación exhaustiva, sea en sede legislativa o como creación jurisprudencial, especialmente en sistemas continentales. La cosa juzgada

suele encontrarse en todos los códigos procesales civiles, en los que se fijan los requisitos, características y alcance de esta, es una institución que es comprendida por todos los operadores del sistema, la cultura jurídica interna la reconoce y comprende con un nivel de profundidad que, lejos de ser acabado, permite que se le de operatividad a su contenido, es decir, que no se repitan procesos. En ese sentido, la reglas de *finality* se pretenden bien definidas, y tienen su lugar y contornos establecidos en el ordenamiento procesal, generalmente al más alto nivel de jerarquía normativa. Como consecuencia de lo anterior, el funcionamiento de estas reglas de clausura puede ser controlado, los operadores del sistema conocen sus formas de aplicación y denuncian su infracción ante tribunales que, a su vez, saben cómo debería operar la regla, al menos en sus vertientes más simples. De esta forma, aunque la norma que la consagra no pueda situarse en todos los casos concretos posibles, suele dejar un remedio para su protección en cada etapa del procedimiento.

Asimismo, la regla de la cosa juzgada es rígida -o absoluta- su aplicación está concebida como un ejercicio comparativo en el que no deben ponderarse intereses ni valores, se asume como una piedra angular del sistema, y salvo que exista una excepción expresa, como la acción de revisión, la regla, en tanto tal, se aplica o no se aplica. Estas características recién mencionadas no suelen ser tan claras en otras reglas fundadas en valores no epistémicos, como las ya mencionadas pruebas ilícitas o los privilegios, en las cuales el juez tiene una labor más relevante, menos mecánica y en el que debe hacer un ejercicio de ponderación entre los intereses que persigue el proceso y los valores que le sirven de excepción, como ocurre con los derechos fundamentales. En ese mismo sentido, estas otras reglas contra-epistémicas, al no disponer de una regulación armónica y comprehensiva, pueden derivar en escenarios de difícil decisión a su respecto, como ocurre con la denominada valoración negativa de la prueba ante una etapa de exclusión deficitaria³¹⁹.

De esta manera, puede decirse que la cosa juzgada tiene un rol anti-epistémico “doble”, toda vez que al producirse la firmeza de la sentencia se clausura la posibilidad de introducir información en el proceso en el que ésta se ha dictado, con indiferencia de lo valiosa y determinante que pueda ser, pero, adicionalmente, impide

³¹⁹ Véase CORTES-MONROY FERNANDEZ, Jorge. La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral. *Ius et Praxis*. Vol. 24. N°.1. 2018. pp. 680-685.

que esa información se haga valer respecto del mismo asunto en cualquier proceso posterior, en cualquier oportunidad y en cualquier tiempo.

En segundo lugar, y como complemento de la anterior, las reglas de la cosa juzgada encuentran bien establecidas las formas para hacerla valer, los vehículos procesales que disponen las partes para hacer notar que se está infringiendo la regla son claros, generalmente abundantes y cuentan con oportunidades amplias, siendo el caso del proceso civil chileno un ejemplo paradigmático, en donde puede interponerse como excepción de cualquier tipo, inclusive como mixta o anómala³²⁰, causal de recursos de casación, tanto en el fondo como en la forma³²¹, e incluso como causal específica de acción de revisión³²². Asimismo, en otras jurisdicciones es posible que el tribunal la declare de oficio, siendo su deber actuar inquisitivamente si ha tomado conocimiento de la existencia de dos procesos idénticos³²³. En contraposición, otras reglas contra-epistémicas no gozan de tal abundancia, y muchas no están siquiera positivamente establecidas en materia civil, su regulación es vaga y muchas veces inexistente, siendo la -doctrina y la jurisprudencia quienes deban tomar el testigo y construir normativamente la aplicabilidad de ellas al proceso civil³²⁴.

2.2 REFLEXIONES DEL CAPÍTULO EN CUANTO A LA BUSQUEDA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA *RES JUDICATA*

En este capítulo se ha intentado explorar el tránsito que ha experimentado la doctrina jurídica en los últimos tres siglos en el intento de dar respuesta, entendiendo por tal esfuerzo el poder categorizar a la interrogante respecto a la “naturaleza” jurídica de la cosa juzgada. Se trata, finalmente de poder establecer “qué es” en último término la *res judicata*, es decir, poder relacionarla o familiarizarla con algún origen o concepto previo que permita interpretar sus alcances y diagramar sus objetivos. En dicha tarea ha sido posible constatar una de las grandes diferencias de las tradiciones jurídicas anglosajona y continental, en función de que el *common law* no suele detenerse en el estudio sobre que son realmente las cosas en materia jurídica, sino que se tiene una aproximación pragmática, en que lo que importa es “cómo son” o “cómo funcionan” en la operatividad

³²⁰ Art. 310 del CPC.

³²¹ Art. 768 N° 6 y 767 del CPC.

³²² Art. 810 N°4 del CPC.

³²³ En el caso de España la oportunidad para hacerla valer se encuentra regulada en los art. 416, 421 y 438 de la LEC Asimismo, se ha planteado por la Jurisprudencia que, si respecto a la cosa juzgada se puede constatar una existencia notoria, los tribunales deben declararla de oficio.

³²⁴ Como ejemplo puede considerarse la inexistencia de reglas de exclusión de prueba ilícita en el proceso civil actualmente vigente bajo el CPC.

del sistema., lo que inevitablemente guarda relación con su sistema de fuentes jurisprudenciales como origen de la institución más que una regulación estatutaria o dogmática que haya recibido una influencia exegética en la mencionada búsqueda por la respuesta a que sería realmente la cosa juzgada.

Por su parte, el derecho continental, a la luz de la doctrina germana, italiana y francesa, conforme se fue desarrollando el proceso de la codificación, ha discurrido latamente sobre este punto, siendo posible reconocer claramente dos escuelas de pensamiento, la escuela de las teorías materiales y las escuelas de las teorías procesales de la cosa juzgada.

En el devenir de la mencionada evolución dogmática desde la relación de *res judicata* con el derecho subjetivo ejercido en juicio en las teorías materiales, hacia un momento posterior en el que es posible reconocer que se trata, por las teorías procesales, de una regla procesal fundamentada en una decisión de política pública ha habido un movimiento pendular que posiciona hoy a esta última tesis como la más aceptada en el derecho continental, incluyendo España y Latinoamérica. Con todo, hoy en día la doctrina en general tiende a señalar que esta discusión parece innecesaria, y se encontraría superada, lo que supone un cambio de aproximación hacia una idea más funcional de la cosa juzgada.

Asimismo, el Capítulo ha dedicado su parte final a exponer la relevancia de la cosa juzgada desde una perspectiva procesal epistémica, en la que se puede mostrar desde un prisma diverso, poco habitual, en la que se presenta como una regla procesal de suma relevancia y fuerza operativa que funciona como cerrojo para la prohibición de duplicación de la litigación sobre un mismo asunto, pero que, además, cumple un función obstativa al conocimiento de los hechos dentro del proceso, considerándose a nuestro juicio como una regla contra-epistémica que se fundamenta en un valor social de respeto a la decisiones de los tribunales, el ahorro de tiempo y recursos y la estabilidad de las decisiones judiciales en aras del respeto a la búsqueda de certidumbre de las relaciones jurídicas y, con ello, el resguardo del estado de derecho. En dicho tránsito, se ha señalado que la cosa juzgada no existe, ni justifica tampoco su existencia, en una función o tarea relacionadas con la obstaculización de la tarea de la averiguación de la verdad en juicio (*fact-finding* en inglés), sino que ello resulta como consecuencia de función estabilizadora y garante de la imposibilidad de modificación de lo resuelto y prohibición de renovación de la discusión de lo ya decidido en un juicio diverso. Lo anterior, nos permite sostener

que se trata de una regla fundada en valores de política-jurídica de gran fortaleza procesal y eficacia. contra-epistémica

PARTE SEGUNDA
REGLAS DE COSA JUZGADA Y EN EL DERECHO CONTINENTAL, CASO
ESPECÍFICO CHILENO

COSA JUZGADA, SUS CLASIFICACIONES, EN ESPECIAL COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL Y SU OPERATIVIDAD

El derecho continental en general, y el derecho procesal en particular, tiende a la clasificación de sus instituciones como herramienta metodológica para su mejor entendimiento³²⁵. Así, es de común ocurrencia encontrarse con verdaderas taxonomías jurídicas que construyen auténticas marañas de subclasificaciones, no siempre todas ellas de igual importancia y utilidad. En el contexto de las normas de la cosa juzgada resulta palmario el fenómeno antedicho, se trata de una institución que, por su contenido dogmático, histórico y su relevancia dentro del proceso y el ejercicio jurisdiccional, suele ser explicada de forma excesivamente categorial³²⁶. Dentro de las múltiples clasificaciones que se pueden analizar de la cosa juzgada resalta una que es posible reconocer con relativa claridad, y casi absoluta frecuencia en los ordenamientos jurídicos continentales, especialmente en países como Italia, España y todo el subcontinente latinoamericano, se trata de la diferencia entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

La división entre cosa juzgada formal y material no supone una diferenciación categorial antagónica ni opuesta, sino que suele ser comprendida como esencialmente complementaria, como requisito o paso previo (formal) para la absoluta inalterabilidad de la decisión adjudicada (material).

Es por ello, que, para facilitar el estudio de la cosa juzgada en el derecho continental, explicaremos la clasificación para seguir dicha tendencia metodológica, pero desde una

³²⁵ MANS PUIGARNAU, Jaime. *Lógica para juristas*. Bosch. Barcelona. 1978. p. 138. Para ahondar en cuestiones categoriales normativas véase COFRE LAGOS, Juan. *La filosofía jurídica de millas: naturaleza y fines del derecho*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Vol. 19. N° 1. 2012. p. 23.

³²⁶ CLERMONT, Kevin. *Res Judicata*. Op. Cit. p. 1106. NIEVA FENOLL, Jordi. *La Cosa Juzgada: el fin*. Op. Cit. pp. 7-8; 24-25.

perspectiva crítica y reflexiva respecto de su utilidad y pertinencia en la noción contemporánea de cosa juzgada.

CAPITULO I

COSA JUZGADA FORMAL

*“La cosa juzgada desborda notablemente
la mera suma de sus dos términos”*

Eduardo Couture

1.1 CONCEPTO Y CONFIGURACION

La cosa juzgada formal supone que se ha dictado una resolución judicial que ha alcanzado el estado de inatacabilidad³²⁷, es decir, no puede ser ya modificada por la vía de la impugnación a través de ninguno de los mecanismos que el proceso en el que se ha dictado permitía, o habiendo sido estos mecanismos utilizados, ya se han resuelto a su respecto, o, en su caso, han precluido³²⁸.

La cosa juzgada formal ha sido definida en España desde antiguo. Así, comentando la antigua LEC de 1881, RAMOS señalaba que “con la denominación de cosa juzgada formal se conoce el efecto de invariabilidad de la sentencia, momento que coincide con la preclusión de las impugnaciones contra la misma”³²⁹, mientras que MONTERO enseña que la cosa juzgada formal “es un efecto interno de las resoluciones judiciales, en cuanto que se refiere al proceso mismo en que la resolución se dicta”³³⁰, teniendo como función que tanto las partes como el tribunal no puedan modificar o desconocer en lo sucesivo del proceso aquello que ya se ha resuelto³³¹.

A su turno, uno de los autores que más ha dedicado al tema, DE LA OLIVA, expresa que:

³²⁷ La expresión “inatacabilidad” se presenta por primera vez en Guasp. GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. pp. 511-512

³²⁸ MATURANA, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 110.

³²⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 627. Comentando el art. 408 de la LEC 1881. Véase también GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Op. Cit. p. 302.

³³⁰ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 489. Esta definición se ha mantenido invariable en todas las ediciones desde la entrada en vigencia de la LEC 2000. Véase MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTON REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. Op. Cit. p. 609. En el mismo sentido se pronuncia GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. 511-512.

³³¹ *Ibíd.*

“La cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, para el órgano jurisdiccional, para las partes, e incluso para terceros, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del propio proceso en que se haya dictado dicha resolución”³³²

Por su parte, en otras jurisdicciones continentales³³³, como el caso de Italia, es posible constatar la misma diferencia en comento. CARNELUTTI comentando los efectos de la cosa juzgada en el *Codice Di Procedura Civile Italiano* de 1940 señala que estos pueden diferenciarse entre “eficacia material” y “eficacia procesal” o “interna”³³⁴, por la cual pretende referirse a los efectos de invariabilidad en el mismo procedimiento en el que se ha dictado la sentencia³³⁵, en oposición a los efectos respecto de procesos futuros³³⁶.

De acuerdo a las definiciones expresadas en el párrafo anterior, se trata, entonces, de una cualidad de los efectos de la sentencia por la cual una vez se ha alcanzado el estado de imposibilidad de impugnación la resolución el tribunal queda vinculado por su propia decisión³³⁷, y la secuela del proceso deberá atenerse a aquella como presupuesto lógico en su prosecución, debiendo por un lado basarse en aquella, así como no pudiendo contradecir lo en ella decidió, por otro³³⁸.

De lo anterior resulta evidente que el concepto de cosa juzgada formal resulte indefectiblemente ligado al de firmeza de las resoluciones judiciales³³⁹, toda vez que el

³³² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LÓPEZ, Miguel. Op. Cit. p. 176.

³³³ Esta clasificación también es reconocible en México. BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. 11° edición. Editorial Porrúa. Ciudad de México. 1984. p. 211; PALLARES, Eduardo. Op. Cit. p. 436.; en Argentina ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 124. También es posible encontrarla, con relativa similitud en obras italianas y latinoamericanas consideradas ROCCO, Ugo. Op. Cit. p. 317. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 416. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. eGACAL. Lima. 2011. pp. 666 y 667.

³³⁴ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires. 1958. pp. 140-142.

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ El art. 324 del *Codice Di Procedura Civile Italiano* de 1940 (reformado en 2009) señala expresamente la voz “*Cosa giudicata formale*”

³³⁷ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 490. Los autores construyen esta afirmación desde lo dispuesto en el art. 207.2 de la LEC 2000. Véase también a PRIETO-CASTRO, Leonardo. Tratado de Derecho. Op. Cit. p. 788.

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ En tal sentido la jurisprudencia chilena ha sostenido reiteradamente que: “*En cambio, bajo la expresión de cosa juzgada formal se alude a las decisiones judiciales que son susceptibles de una revisión posterior. Al respecto esta Corte, en sentencia de 23 de junio de 1980, explica "se entiende por cosa juzgada formal el efecto que produce una sentencia definitiva o interlocutoria firme, en cuanto no puede ser objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificarse lo resuelto en un procedimiento posterior. La sentencia es inimpugnable, pero es mutable mediante sentencia dictada en un juicio diverso. En cambio, la cosa juzgada material o sustancial, es el efecto que produce una sentencia firme, definitiva o interlocutoria, en cuanto no puede ser objeto de recurso alguno, ni de modificación en el mismo juicio ni en un procedimiento diverso"* Sentencia Corte Suprema, 2 de julio de 2014, Rol 5830-2013. Considerando Décimo Cuarto.

estado de *res judicata* formal en comento se adquiere, o “pasa” cuando las resoluciones adquieren, precisamente, el estado de firmeza³⁴⁰. Es por ello que, tanto en Chile como en España, se ha discutido sobre la utilidad de la clasificación de la cosa juzgada formal, atendida la similitud conceptual y consecencial que podría atribuirse a ambos conceptos³⁴¹.

En tal sentido, es posible encontrar la opinión de ORTELLS, quien sostiene que lo que en realidad se entiende como cosa juzgada formal no es sino el efecto de firmeza en sí misma, y que la cosa juzgada propiamente tal no sería sino aquella denominada material³⁴². Así dicho autor expresa que por firmeza o ejecutoriada de una resolución “se entiende el efecto implícito en la inexistencia o en la preclusión de recursos contra la misma, lo cual la convierte en inmutable dentro del mismo proceso en el que ha sido dictada”³⁴³, estableciendo la idea ya expresada sobre la imposibilidad de impugnación que debe situarse sobre una decisión judicial, mientras que considera cosa juzgada (material) a la “inmutabilidad en cualquier proceso posterior de lo resuelto por la sentencia de fondo”³⁴⁴. En ese sentido, en doctrina chilena se señala que las resoluciones judiciales firmes o ejecutoriadas son aquellas, de acuerdo al Art. 174 del CPC que, pueden cumplirse, sea porque no proceden recursos en contra de ellas, sea porque los expresados recursos proceden y han sido fallados, sea porque los recursos proceden, “pero han pasado todos

³⁴⁰ En tal sentido véase lo dispuesto en los artículos 174 del CPC de Chile, art. 207.2 de la LEC 2000 española y el párrafo 705 del ZPO alemán.

³⁴¹ En México, Becerra Bautista señala que la distinción entre cosa juzgada formal y material es derechamente inútil, confusa e innecesaria. “¿Por qué llamar cosa juzgada formal a la sentencia firme, cuando el efecto propio de la cosa juzgada no lo produce toda resolución de esa naturaleza?”. BECERRA BAUTISTA, José. Op. Cit. p. 211.

³⁴² ORTELLS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 561. En el mismo sentido, GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Op. Cit. p. 302.

³⁴³ Ibid. En ese sentido puede considerarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español: “*Considerando la acción civil acumulada, y siguiendo las normas procesales que le hacen referencia, la cosa juzgada material presupone la firmeza de la sentencia que resuelve el fondo de la controversia (cosa juzgada formal) y produce dos clases de efectos*” STS 607/2019, Diciembre 10, 2019. FJ Décimo. En el mismo sentido véase STS 739/2007, Septiembre 13, 2010: “*La cosa juzgada material (Art. 222) presupone la cosa juzgada formal, inherente a la firmeza (Art. 207) y si bien ésta alcanza a sentencias y resoluciones, aquélla sólo comprende las sentencias que se pronuncian sobre el fondo u otras resoluciones equivalentes, como el laudo arbitral y resoluciones que terminan el proceso resolviendo el fondo, como los casos de renuncia a la acción, allanamiento, transacción.*”

³⁴⁴ Ibid. En el mismo sentido, CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Op. Cit. p. 8 “La decisión se perfecciona con el transcurso del plazo para la interposición del medio de impugnación sin que éste se haga valer -caso en el cual aquella sentencia adquiere cosa juzgada formal- o si se interpuso, con la decisión del juez superior -caso en el cual la nueva decisión, con independencia a si el contenido es el mismo o diverso a la sentencia del inferior, resuelve la controversia”

los plazos que el legislador concede para su interposición, sin que se hayan hecho valer por las partes”³⁴⁵.

De este modo, expresa que la firmeza es denominada comúnmente por la ciencia jurídica, la jurisprudencia³⁴⁶, e incluso la ley, como cosa juzgada formal³⁴⁷, y que ello parece razonable en atención a la proximidad terminológica existente entre ambos conceptos (firmeza y cosa juzgada) en función a que ambas instituciones son tributarias de la estabilidad de las resoluciones judiciales, por un lado, y en que ambas serían “inescindibles entre sí” pues la firmeza, y por ende la inimpugnabilidad de la resolución, supone el paso previo para la operatividad de la cosa juzgada material³⁴⁸. En un sentido similar se pronuncia GUASP, quien entiende sinónimos los términos, señalando: “Cosa juzgada formal y cosa juzgada material son, en consecuencia, las dos especies básicas del instituto general de la cosa juzgada: según terminología del derecho positivo español, acaso preferible, firmeza y autoridad de la cosa juzgada, respectivamente”³⁴⁹

De la misma manera, agrega que la cosa juzgada formal, y por ende la firmeza, se define en función de los recursos, al punto de poder ser definida como “la imposibilidad de que una cierta decisión procesal sea recurrida”³⁵⁰.

La opinión contraria, en relación a la diferencia conceptual existente entre cosa juzgada formal y firmeza, ha sido sostenida principal, pero no exclusivamente, por DE LA OLIVA³⁵¹, quien se decanta por sostener que ambas cuestiones son diversas, y que no se trata, en consecuencia, de una categorización superflua³⁵². Para este autor la conexión entre ambos términos es innegable, si bien ambos tienen caracteres negativos, apuntan a fines diversos. La firmeza o ejecutoriedad supone “la imposibilidad de revocar la resolución y sustituirla por otra distinta”³⁵³, mientras que la cosa juzgada formal, a la que considera indisolublemente ligada a la firmeza, se construye en función de que la

³⁴⁵ STOEHLER MAES, Alberto. De las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010. p. 99.

³⁴⁶ “Se ha fallado que se entiende por cosa juzgada formal el efecto que produce una sentencia definitiva o interlocutoria firme, en cuanto no puede ser objeto de recurso alguno, pero que admite la posibilidad de modificarse lo resuelto en un procedimiento posterior. La sentencia es inimpugnable por recurso alguno, pero es mutable mediante sentencia dictada en juicio diverso.” Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2016, Rol 3430-2012. Considerando Décimo

³⁴⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel. Op. Cit. p. 561

³⁴⁸ Ibid. p. 562.

³⁴⁹ GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 511.

³⁵⁰ Ibid. p. 512.

³⁵¹ En tal sentido también lo expresa Montero Aroca. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 490.

³⁵² DE LA OLIVA, Andrés. Op. Cit. p. 177.

³⁵³ Referido a la imposibilidad de impugnación. *Ibid.*

resolución, además no de poder ser revocada, debe ser efectiva, es decir, debe ser respetada y sobre ella y su contenido deben erigirse los siguientes actos en el proceso³⁵⁴. En tal sentido, se trataría de un efecto positivo³⁵⁵, diverso del exclusivamente negativo asociado a la inimpugnabilidad, constituyéndose como una verdadera “necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto” dentro del mismo proceso³⁵⁶.

Fuera de la literatura española sobre la cosa juzgada, existen opiniones similares e igualmente divergentes respecto a la cosa juzgada formal y la firmeza, así, por ejemplo, en Italia TARUFFO, CAPRI y COLSANTI, en relación al art. 324 del código italiano sostienen que, en realidad la denominación usada por la ley alude a una distinción difusa en la doctrina, siendo la opinión prevalente que ambas no son fenómenos diversos (cosa juzgada formal y material) sino que se trata de distintos aspectos de la misma cosa juzgada³⁵⁷. En tal sentido, señalan que la cosa juzgada sustancial o material define el contenido de los efectos objetivos y subjetivos, mientras que la cosa juzgada formal, contenida en la norma del art. 324 establecería una cuestión temporal que atiende a desde cuando se producen dichos efectos, es decir “el momento cuando la sentencia deviene inmutable”³⁵⁸. Sugieren que la cosa juzgada formal, entonces, tendría una función práctica, “establecer cuando el proceso ha concluido”³⁵⁹, por no poder impugnarse la resolución. Es decir, la definición de que ha alcanzado el estado de firmeza.

Con todo, y sin perjuicio de las opiniones divergentes respecto a la identidad entre cosa juzgada formal y firmeza antes referidas, resulta relevante señalar que existe una coincidencia conceptual respecto a que la idea de cosa juzgada formal orbita en función de la impugnabilidad de la resolución judicial, y que aun en el caso de ser distinta de la firmeza misma, la requiere como antecedente de su operatividad. Es decir, se requiere la

³⁵⁴ Ibid. Véase también en DE LA OLIVA, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. p. 95- 103

³⁵⁵ También reconocido con esa denominación por Montero Aroca. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 490.

³⁵⁶ Ibid. De la misma manera hace la distinción, a su entender malentendida por algunos, en relación con la continencia que suele hacerse entre cosa juzgada formal y “ejecutoriedad” (como sinónimo de posibilidad de ejecución) en el supuesto de que este concepto sería preferible a aquel por ser omnicompreensivo. Sin embargo, expresa que la ejecutabilidad de una resolución supone que ella contenga la decisión positiva de un asunto que es susceptible, precisamente, de ser ejecutado, y que no todas las resoluciones contendrán dicho mandato en su parte dispositiva, más incluso aquellas que no lo contengan si producirán, de todos modos, el efecto de vinculación al que hace referencia la cosa juzgada formal. En el mismo sentido véase GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 515.

³⁵⁷ CARPI, Federico, COLESANTI, Vittorio y TARUFFO, Michele. Commentario Breve al Codice Di Procedura Civile. 2º edición. Ed. Padova. Padova. 1988. p. 324.

³⁵⁸ Ibid. Del original “*definire il momento in cui essi divengono immutabili*”

³⁵⁹ Ibid. Del original “*L’art. 324 risponde duque all’esigenza meramente pratica di stabilire quando il precesso e concluso*”

preclusión de las vías de impugnación de la decisión para que se alcance el estado de cosa juzgada formal³⁶⁰. Asimismo, corresponde señalar que la literatura examinada se encuentra conteste en expresar que la cosa juzgada formal (y aun en el evento de ser considerada homónima a la firmeza por parte de la doctrina española) opera como presupuesto o requisito previo y necesario. de la cosa juzgada material, tal como se examinará en el apartado siguiente³⁶¹.

Por su parte, en la literatura chilena, y en general otras jurisdicciones latinoamericanas³⁶², ha continuado la idea de su contraparte hispana agregando el énfasis en que la inimpugnabilidad o inatacabilidad de la resolución que produce cosa juzgada formal dentro del proceso en el que se dictó deja a salvo la posibilidad de su revocación o modificación en un proceso diverso³⁶³, toda vez que no existe un efecto extraprocesal asociado a ella, sin perjuicio de que no existe norma legal que exprese reconocimiento formal a la distinción categorial. Así, FIGUEROA enseña que la cosa juzgada formal sería “la autoridad y efecto de las sentencias firmes o ejecutoriadas que importan su impugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad dentro del mismo proceso, pero que por mandato legal y expreso permite, en un nuevo juicio, la revisión de lo resuelto”³⁶⁴. De la misma manera, ROMERO resulta enfático en la diferencia de “intensidad” entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, señalando que la distinción categorial estriba, precisamente, en la posibilidad de revisión de la decisión en un proceso posterior³⁶⁵.

³⁶⁰ En tal sentido DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. p. 95- 103, ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. pp. 562- 563., GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 511.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² En ese sentido, en Argentina, Alsina enseña “Se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando ellos procedan; pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior.”. ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 124. Por su parte Alvarado Velloso plantea que la distinción es clara, señalando “El efecto material refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en nuevo expediente incoado a tal fin. (...) Y dado este concepto, sus caracteres son dos: la inmutabilidad (o la definitividad, o indiscutibilidad, o intangibilidad) de lo sentenciado y la ejecutoriedad (o coercibilidad) mediante constricción en las personas o cosas de la condena contenida en la sentencia que ostenta tal efecto. La inmutabilidad (o sus sinónimos) significa, tal como lo adelanté en el párrafo anterior, que no puede ser revisada mediante nueva y recurrente discusión. el efecto formal refiere siempre a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo expediente en el cual se produjo, pero permitiendo hacerlo en uno posterior. se trata, a la postre, de una suerte de gran preclusión que rige sólo dentro del proceso y abarca todas las decisiones interlocutorias en general y las sentencias que pueden ser ejecutadas aun estando pendiente algún recurso de alzada”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. Cit. p. 667.

³⁶³ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 30.

³⁶⁴ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO, Erika. Recursos Procesales Civiles y Cosa Juzgada. Thomson Reuters. Santiago. 2014. p. 206.

³⁶⁵ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 29. En el mismo sentido, MATURANA, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 111.

En este sentido, es posible encontrar en la doctrina chilena coincidencia con la construcción de GUASP³⁶⁶, en el sentido de entender la cosa juzgada formal como la imposibilidad de ataques que el autor español denomina “directos” (dentro del mismo proceso en que se ha dictado la resolución), reservando la posibilidad de ataques “indirectos” (apertura de nuevos procesos para su revisión), mientras que la concepción de cosa juzgada material que da sumida en la imposibilidad de ataques incluso indirectos contra lo decidido³⁶⁷.

Se trata, en consecuencia, de lo que podríamos denominar una cosa juzgada de valor intrínseco y exclusivamente intraprocesal, es decir, que despliega sus efectos solo respecto del mismo proceso en el que se ha dictado, pero que permite su revisión en un proceso posterior.

Haciéndose cargo de esta clasificación como acertada, quien mejor ha descrito la operatividad de la cosa juzgada formal en la doctrina chilena ha sido MATURANA, quien ha señalado de forma esquemática que la cosa juzgada formal puede explicarse entendiendo que habiéndose extinguido los medios de impugnación de la sentencia ésta se vuelve inalterable internamente (en ese mismo proceso), pero que en ciertos casos el legislador permite la rediscusión del asunto en un proceso posterior³⁶⁸. Esta distinción coincide con la idea reconocida por la legislación española, y explicada por la doctrina referida a los procedimientos sumarios, y, más generalmente entendido, como el fenómeno de la sumariedad³⁶⁹, por el cual las sentencias dictadas en estos procedimientos no están proveídas de la autoridad de la cosa juzgada, por lo que no se excluye la posibilidad de un proceso posterior respecto del mismo objeto entre las mismas partes³⁷⁰.

³⁶⁶ Aunque no necesariamente con su noción de cosa juzgada formal como homónimo de firmeza. Véase GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. pp. 511-513.

³⁶⁷ *Ibíd.*

³⁶⁸ MATURANA, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. pp. 111-112. Esta misma explicación ha aparecido en algunos fallos de tribunales superiores en Chile en época reciente, así véase *Sentencia Corte Suprema de fecha 19 de marzo de 2019, Rol 44260-2017*, Considerando Sexto: “Y, en estas condiciones, el análisis desemboca en la conocida distinción entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal. Cuando ahora el actor acude a la justicia ordinaria aduciendo la legislación común que rige el contrato celebrado, despojado de los textos protectores del consumidor que había blandido allá, formalmente hay una decisión, que ha sido de rechazo de la acción, pero material o substancialmente el conflicto no ha sido decidido y, por tanto, no hay cosa juzgada en su sentido material”

³⁶⁹ Supuestos que se encuentran, por ejemplo, en los artículos 34, 35 y 785.5 párrafo 2 de la LEC 2000.

³⁷⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 597.

Esta clarificación, sin duda útil, permite comprender el enfoque dado en Latinoamérica – y con algunos matices a cierta doctrina española³⁷¹- a la cosa juzgada formal. Se trata, del efecto (cualidad) de la sentencia una vez ha alcanzado el estado de firmeza, pero en el que el fondo de la discusión es revisitable, por un nuevo proceso³⁷², generalmente de lato conocimiento respecto del fondo, cuya justificación de relitigación estriba en las especiales características del procedimiento primigenio en el que se originó la sentencia, o en la naturaleza misma del objeto de la cuestión debatida³⁷³.

En nuestra opinión, en estos casos se denomina cosa juzgada formal a la cosa juzgada material o sustancial a la que el legislador, por motivos de política legislativa, naturaleza cautelar del procedimiento, economía o eficiencia procesal, u otro motivo establecido por ley, le ha restringido o atenuado en su inmutabilidad al permitir, no obstante verificarse los límites objetivos y/o subjetivos de la cosa juzgada material, que se vuelva a discutir y fallar el asunto en un nuevo proceso³⁷⁴. En consecuencia, serían excepciones a la cosa juzgada propiamente tal, más que lo que en Latinoamérica tradicionalmente se comprende como una manifestación de la cosa juzgada formal.

De esta forma, es posible encontrar ciertas justificaciones comunes a los casos en que sentencias de fondo, incluso definitivas, producen el efecto de esta denominada “cosa juzgada formal”, pero que, como hemos dicho debería señalarse con casos en que no existe cosa juzgada sustancial por expresa disposición legal³⁷⁵.

³⁷¹ En ese sentido, tal como ocurre en Latinoamérica opina Prieto-Castro 182. PRIETO-CASTRO, Leonardo. Op. Cit. Vol II. p. 2.

³⁷² PEREIRA ANABALON, Hugo. La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1954.

³⁷³ Ibid. p. 113. Véase También. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 29. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 598. En España Gutierrez ha señalado que “existen procesos sumarios porque existen materias que requieren una tutela urgente. Y como la respuesta debe ser rápida, se limita el objeto del proceso, restringiendo las posibilidades de alegación o prueba de las partes”. Véase GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro. Algunas Reflexiones sobre el concepto de sumariedad. Revista de Derecho Procesal. N°. 1-3. 2003. p. 290.

³⁷⁴ En este sentido Romero ha señalado: “Las resoluciones judiciales con valor de cosa juzgada formal se generan en ciertas situaciones de excepción, en las que por razones de justicia o de economía procesal se permite examinar nuevamente el tema ya decidido, iniciando un nuevo juicio.” ROMERO SEGUEL, Alejandro. Op. Cit. p. 30. En la jurisprudencia *Sentencia Corte Suprema de fecha 29 de marzo de 2017, Rol 82-2012* Considerando Sexto “*La segunda, en cambio, se refiere a las decisiones judiciales que excepcionalmente y por motivos de política legislativa, a pesar de su carácter de firmes, no adquieren inmutabilidad y son susceptibles de una revisión posterior pues han sido libradas en procedimientos en los que la rapidez y concentración del debate y prueba se obtiene a costa de disminuir los derechos procesales de las partes.*”

³⁷⁵ MATURANA, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. pp. 111-112.

a) Casos de procedencia de la cosa juzgada formal fundada en la naturaleza sumaria o sumarísima del procedimiento en el que se dicta la resolución

En general, en el derecho procesal chileno es posible encontrar determinados procedimientos en los que la ley ha establecido efectos particulares para las sentencias definitivas por la cual se les pone fin. Se trata, como señala ROMERO, de la reducción de la posibilidad de un contradictorio propiamente tal³⁷⁶, en los términos referenciales de lo que supone la etapa de contradicción en el procedimiento ordinario de mayor cuantía, y que, dada su naturaleza generalmente breve y concentrada, tienen como consecuencia una “aligeración” de sus efectos de inalterabilidad e inmutabilidad³⁷⁷. Se trata de procedimientos en los que, en principio, se podría considerar la rapidez de sus etapas de discusión, prueba y sentencia como riesgosa para la acertada resolución de la cuestión debatida³⁷⁸, y, consecuentemente, atribuir el efecto de inmutabilidad de la cosa juzgada material parecería potencialmente atentatorio contra la idea de decisión correcta, por verse aumentado el riesgo de equivocación en la sentencia³⁷⁹. Del mismo modo, la naturaleza ejecutiva del procedimiento, especialmente aquellos que permiten la ejecución sumaria de títulos no jurisdiccionales, podría redundar en ciertos problemas derivados de la atribución de invariabilidad de la *res judicata*, tanto para el acreedor ejecutante, que por un error de forma podría ver perjudicado su crédito y las posibilidades de pago, así como el deudor ejecutado, que por la premura de los plazos podría ver amenazada su posibilidad real de defensa ante la pretensión del demandante.

a.1) Interdictos posesorios

Por “interdictos” suele denominarse, a veces de forma difusa, a un conjunto de acciones y procedimientos de carácter sumarísimo que tienen por objeto proteger la posesión, la mera tenencia o el goce pacífico de un bien raíz de la perturbación o amenaza de

³⁷⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 31.. En ese sentido la doctrina española señala que este tipo de procedimientos sumarios se sustenta en la “limitación de los medios de ataque y defensa y consiguiente restricción del conocimiento del Juez a fin de resolver con rapidez, aunque no sea definitivamente (es decir, sin efecto de cosa juzgada permanente, sino de posible revocación en un juicio ordinarios posterior) y cuyo procedimiento se sigue en las cuestiones que lo permiten o en las que es necesario” Véase Prieto-Castro, Leonardo. Op. Cit. Vol. II. p. 3. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 598. Montero: “Juicio sumario es lo contrario de juicio plenario y supone juicio con limitaciones; se limitan las alegaciones de las partes, el tema de la prueba y a veces los medios de prueba, y la cognición judicial, por lo que al centrarse el juicio en un aspecto del conflicto existente entre las partes la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada (material), pudiendo las partes acudir a un juicio plenario posterior, en el que podrá plantearse con toda amplitud el conflicto”. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 411..

³⁷⁷ ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 125.

³⁷⁸ *Ibíd.*

³⁷⁹ *Ibíd.*

perturbación por parte de un tercero que, incluso a través de medios de fuerza o violencia, intenta perturbar a quien ejerce una posición jurídica determinada respecto de dicho bien raíz³⁸⁰.

En el caso de Chile encuentran su reconocimiento tanto en el Código Civil (art. 916 y siguientes) como en el CPC (art.549 y siguientes)³⁸¹.

En primer lugar, el artículo 921 del Código Civil regula la denominada querrela de amparo, una acción destinada a permitir la conservación de la posesión de bienes inmuebles u otros derechos reales constituidos sobre ellos, a su turno la denominada querrela de restitución tiene como finalidad recuperar la posesión, que ya se ha perdido, sobre bienes inmuebles u otros derechos reales constituidos sobre ellos (art. 926 CC)³⁸², y la querrela de restablecimiento que tiene por objeto el restablecimiento de la posesión o la mera tenencia a cualquier sujeto a quien le hubiere sido arrebatada violentamente (art. 928 CC)³⁸³. Todas estas acciones tienen una regulación procesal común, en cuanto a su procedimiento y forma de tramitación, en los artículos 551 a 564 del CPC. Se trata, en todos los casos, de un procedimiento extraordinariamente breve y concentrado, contemplando una etapa de discusión y prueba consistente en una única audiencia, la que puede incluso ser llevada a cabo en rebeldía del demandado, tras la cual, en el mismo acto, se debe citar a las partes a oír sentencia y se impone al tribunal un plazo para dictar sentencia de tres días hábiles (art. 561 CPC).

La cuestión distintiva de estos interdictos viene dada por la regulación especial que hace la ley de los efectos de la sentencia, los que, además, son diversos para cada una de las acciones posesorias.

Así, en el art. 563 del CPC se regulan los efectos de la sentencia definitiva en las querellas de amparo y restitución, señalándose en la norma:

³⁸⁰ JARA PEREZ, Mónica. El artículo 925 del Código Civil: La verdadera querrela de amparo. Rev. derecho (Valdivia), Vol.29, N°.2.2016 pp.109-130.

³⁸¹ Se trata de una regulación de acciones especiales de defensa de la posesión como aquellas contempladas en el Art. 250 números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la LEC 2000. Para el detalle en el estudio de acciones especiales de defensa de la posesión en el derecho español véase LOPEZ PASARO, Eduardo. Tutela sumaria de la posesión: Interdicto de recobrar. Dykinson. Madrid. 2015. p. 176.

³⁸² En términos de Peñailillo: "Que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 926 del CC y 549 del CPC). El querellante ha sido ahora despojado de su posesión y por la querrela pide que le sea restituida". PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Los Bienes La Propiedad Y Otros Derechos Reales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006. p. 557.

³⁸³ "Que se concede al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, con el fin de que le sea restituido en el estado existente antes del acto de violencia (arts. 928 del CC. y 549 del CPC.)". PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Op. Cit. p. 558.

"Cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les hayan causado con la querrela. No será admisible ninguna otra demanda que tienda a enervar lo resuelto en el interdicto"

De la norma transcrita puede desprenderse la declaración del legislador en torno a dejar a salvo la posibilidad de rediscusión del fondo del asunto, relativo a la posesión y el dominio del bien raíz cuya protección se ha pretendido con el interdicto, siempre y cuando se haga a través de la acción ordinaria respectiva. La parte final del artículo señala que *"No será admisible ninguna otra demanda que tienda a enervar lo resuelto en el interdicto"*, lo que hace referencia la imposibilidad de volver a discutir en un nuevo interdicto posesorio de igual naturaleza la misma cuestión objeto del proceso interdicial al que ha puesto fin la sentencia.

Se trata entonces de una típica manifestación de lo que la doctrina de chilena y latinoamericana en general, entienden por cosa juzgada formal, es decir, el efecto de inalterabilidad de lo sentenciado en el mismo proceso, pero su subsecuente alteración, en cuanto al resultado mismo de lo resuelto, inclusive, en un procedimiento posterior.

De forma similar, el art. 564 del CPC se dedica a regular los efectos de la querrela de restablecimiento, señalando:

"La sentencia pronunciada en la querrela de restablecimiento deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria de conformidad al art.563, sino también el de las acciones posesorias que le correspondan"

En este caso la ley regula aun con mayor laxitud los efectos de la sentencia de este interdicto en especial, toda vez que extiende por referencia los efectos del artículo 563 en relación a la posibilidad de volver a discutir el asunto en una instancia ordinaria posterior ya tratados con ocasión de las querrelas de amparo y restitución, pero, además, deja explícitamente establecida la posibilidad de volver a trabar una litis sobre el asunto controvertido y sentenciado a través de acciones posesorias. Es decir, se trata de un caso en el que la propia ley establece la excepcionalidad a la regla general de la cosa juzgada material no solo respecto de procedimientos de diversa naturaleza, sino que incluso respecto de procedimientos urgentes y sumarísimos de idéntica naturaleza. Se ha dicho que la justificación de esta norma excepcional estriba en que, no obstante tener una tramitación común, esta acción posesoria en particular tiene como ethos impedir o reprimir, en su caso, el uso las vías de hecho y el despojo violento de un estado jurídico respecto de un bien inmueble que puede ser incluso la mera tenencia, no debiendo tener

el demandante, a diferencia de las otras dos querellas antes mencionadas, la calidad de poseedor³⁸⁴.

Por su parte los arts. 930 y 931 del CC chileno regulan un interdicto posesorio especial denominado “Denuncia de obra nueva”³⁸⁵, en la que el objetivo es proteger un bien raíz de la amenaza de una construcción colindante, como ha señalado la Corte Suprema:

*“Procede interponer esta acción ante una perturbación en la situación jurídica del denunciante que se derive de la construcción de una obra nueva, obteniendo el afectado la inmediata paralización de la misma. La obra denunciada necesariamente debe estar iniciada o a punto de iniciarse, pero no puede estar terminada, pues precisamente esta acción busca suspender la obra”*³⁸⁶

Se trata, entonces, de una acción interdictal especial, que busca evitar el daño contingente, regulada procesalmente en los artículos 565 a 570 del CPC. En lo pertinente a los efectos de la cosa juzgada formal, se ha entendido que lo dispuesto en el artículo 569 supondría un caso de posibilidad de rediscusión, al señalar: *“en la sentencia se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o de hacerla demoler.”*

Se sostiene, entonces, que la posibilidad de que el vencido ejerza las acciones ordinarias sería una expresa excepción a la inmutabilidad de la sentencia, sin embargo, parece más preciso señalar que no se trata verdaderamente de una relitigación, pues la denuncia de obra nueva ha tenido por conclusión la decisión de suspensión de la obra como medida de urgencia, mientras que lo que queda a salvo para el vencido es discutir el fondo de su derecho a erigir la construcción, no siendo la suspensión contenida en la sentencia del interdicto un pronunciamiento real sobre el fondo de dicho derecho³⁸⁷.

Por su parte, la segunda posibilidad de la sentencia de la denuncia de obra nueva consiste en que el tribunal ordene la demolición de la obra³⁸⁸. Esta hipótesis de resultado del

³⁸⁴ Véase a ATRIA LEMAITRE, Fernando. El Sistema de Acciones Reales, Parte Especial: Los Interdictos Posesorios. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 30. 2018. p. 32.

³⁸⁵ Se regula en términos similares a la hipótesis de juicio verbal contenida en el el Art. 250 N° 5 de la LEC 2000 española.

³⁸⁶ Corte Suprema de Chile. RDJ., 12 (1915) 1, p. 363, citado en: HUERTA MOLINA, José y RODRIGUEZ DIEZ, Javier. Suspensión interdictal de obras nuevas: Desde la “*operis novi nuntiatio*” hasta el Proyecto de Código Procesal Civil. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°. 38. 2012. p. 344.

³⁸⁷ MATURANA MIQUEL Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 116.

³⁸⁸ El inciso tercero del art. 569 señala esta posibilidad: “Podrá, sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de

interdicto no supone ninguna excepción a la cosa juzgada material o manifestación de la cosa juzgada formal en relación a ella, sino simplemente aplicación de las reglas generales, es más, existe una imposibilidad material de rediscusión del asunto si es que se ejecuta el mandato contenido en la sentencia, toda vez que la obra será demolida. En este caso lo que queda a salvo para el sujeto en contra de quien se ordena la demolición es la posibilidad de demandar los daños irrogados por dicha demolición, lo que constituye un proceso cuyo objeto será completamente distinto.

Para ROMERO este tipo de tutelas “provisionales o interinas, como la propia significación de la palabra interdicto parece indicar, fueron admitidas para impedir que nadie se pudiera hacer justicia por su mano ni ser desposeído sin antes haber sido oído y vencido en juicio”³⁸⁹. En estos casos, además, no existe un pronunciamiento sobre el derecho mismo de dominio del que puede o no ser titular quien ejerce la acción (o contra quien se ejerce) de manera tal que parece del todo razonable dejar disponibles las respectivas acciones de fondo para su discusión³⁹⁰, incluso si recaen sobre cuestiones ya discutidas en el procedimiento interdictal, pudiendo aun llegar a conclusiones diametralmente diferentes, considerándose la protección interdictal o sumarísima “imperfecta por su propia estructura, de ahí que lo lógico es que se admita su revisión en un juicio posterior”³⁹¹.

a.2) Renovación y reserva de acciones en el juicio ejecutivo

La denominación de “juicio ejecutivo” es la que recibe en el CPC un conjunto de procedimientos especiales de ejecución individual, destinados a hacer ejecutado el mandato contenido en una sentencia judicial de condena, u obtener el cumplimiento forzado de parte de un deudor, que recibe el nombre de ejecutado, de una obligación de dar, hacer o no hacer que consta en un documento al que la ley le atribuye la característica de ejecutabilidad equivalente a la de una sentencia judicial. Su regulación, con ocasión de la ejecución de obligaciones de dar, se encuentra en el Título I del Libro Tercero del CPC, que lleva por nombre “De los juicios especiales”, en los art. 434 a 529.

Se trata de un procedimiento compuesto por una etapa de discusión breve, concentrada y eventual, solo ante la oposición del demandado dentro del término de emplazamiento

la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y dé éste suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario.”

³⁸⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 31.

³⁹⁰ *Ibíd.* p. 32.

³⁹¹ *Ibíd.*

mediante la interposición de alguna de las excepciones taxativamente establecidas en el art. 464 del CPC. En este procedimiento existe lo que se denomina una preminencia de la posición procesal del demandante, denominado ejecutante, pues goza de la presunción de veracidad de la que esta revestida su pretensión contenida en una sentencia o en otro título al que la ley le atribuye mérito ejecutivo³⁹², por lo que las posibilidades de defensa del demandado se encuentran limitadas tanto en extensión como en oportunidad, buscándose por el legislador la mejor y más eficiente forma de obtener el cumplimiento de la obligación pendiente, en lo que se puede considerar un caso de cognición sumaria³⁹³.

En este contexto, el procedimiento ejecutivo en comento concentra dos instituciones relevantes para el estudio de la cosa juzgada formal, constituidas por excepciones a los efectos propios de las resoluciones judiciales contenidos en el inciso primero del art. 478 que señala: *“La sentencia recaída en el juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el juicio ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado”*, estableciendo la regla general del efecto de cosa juzgada (material) de la sentencia que pone fin al procedimiento.

a.3.1) La renovación de la acción en el juicio ejecutivo

La normalidad de los eventos indicaría que el procedimiento ejecutivo, sin perjuicio de tener una naturaleza de ejecución y un periodo de discusión sumario y relativamente breve, supone la producción de los efectos propios de cualquier sentencia dictada en un procedimiento jurisdiccional. Entre dichos efectos se cuenta, específicamente, el de la cosa juzgada, tal como lo señala el art. 478 recién transcrito. Sin embargo, la propia ley establece una excepción expresa a los efectos propios de la sentencia judicial que ponga fin al juicio ejecutivo en el evento de que sea desfavorable al interés del demandante

³⁹² En tal sentido, Montero Aroca señala que no existe una verdadera pérdida de igualdad en las posiciones de las partes. Reconociendo las limitaciones jurídico-materiales que supone la existencia del título ejecutivo, señala que no pueden afectarse sus poderes procesales inherentes a la condición de parte. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 532.

³⁹³ En ese sentido Liebman ha señalado que: “el juicio ejecutivo, tal como ha sido aceptado y regulado por los códigos hispano-americanos, nos presenta un proceso que no corresponde exactamente a ninguno de los dos tipos indicados. Su finalidad directa e inmediata es la ejecución, pero al legislador le ha parecido que los títulos que le dan ingreso no proporcionan una certeza suficiente de la existencia del crédito; por eso ha incluido en el curso de este proceso una fase en la cual el deudor es citado para oponer sus excepciones, y la ejecución no continúa si el juez no se convence de la falta de fundamento de las mismas. Por otra parte, para evitar un retardo excesivo, esta cognición no es plena y completa, esto es, no se lleva a cabo con la amplitud que es por lo general considerada necesaria para obtener la certeza de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, y que es la característica del proceso ordinario: la misma es, por eso, una cognición sumaria” LIEBMAN, Enrico. Sobre el Juicio Ejecutivo. Estudios en honor de Hugo Alsina. Ediar editores. Buenos Aires. 1945. p. 388.

ejecutante y que se funde en cuestiones estrictamente procesales o de forma, así el artículo 477 reza:

“La acción ejecutiva rechazada por incompetencia del tribunal, incapacidad, ineptitud del libelo o falta de oportunidad en la ejecución, podrá renovarse con arreglo a los preceptos de este Título”

De esta manera, la norma establece la posibilidad de rediscusión del asunto en un procedimiento posterior de la misma naturaleza, lo que se denomina “renovación de la acción”, siempre que la sentencia que rechaza la pretensión del demandante se funde en alguna de las causales que el propio artículo establece, y que suponen en todos los casos cuestiones denominadas típicamente procesales, tales como incompetencia, incapacidad, ineptitud del libelo y falta de oportunidad en la ejecución³⁹⁴. En este caso lo que el legislador pretende es evitar que el cobro de una obligación contenida en un título que tiene mérito ejecutivo, y que incluso podría ser una sentencia judicial, quede sin la posibilidad de ser cobrado por un vicio o error en la forma de interposición de la demanda. Es decir, se busca robustecer la posición de quien ejecuta, o mejor dicho del título mismo que se pretende ejecutar, para que no pierda eficacia ante el fracaso fundado en motivos de forma, permitiendo volver a discutir el fondo del asunto en un nuevo procedimiento ejecutivo³⁹⁵. Como señala MATURANA, “justo es que, una vez subsanado el vicio formal, pueda el ejecutante reiniciar un procedimiento”³⁹⁶.

a.3.2) La reserva de acciones en el juicio ejecutivo

Dentro del mismo procedimiento ejecutivo existe otra institución relevante a fines de este estudio, se trata de la denominada “reserva” de pretensiones que puede efectuar tanto el demandante como el demandando en el procedimiento, y que tiene la particular característica que, no obstante, lo que se resuelva en el juicio ejecutivo en tramitación, podrá volver a discutirse el asunto de fondo en un procedimiento posterior. En este caso, es más, el objetivo no es que sea posible su revisita en un procedimiento sobreviniente, sino que, precisamente, lo que se busca es exactamente eso, la discusión del fondo del asunto en un procedimiento de tutela declarativa ordinaria.

³⁹⁴ Romero, así como otros autores sostiene que el artículo expresa una enumeración meramente enunciativa, y que siempre que se dé el supuesto de una cuestión meramente procesal o de forma operara la institución de la renovación. ROMERO SEQUEL, Alejandro. Op. Cit. p. 131.

³⁹⁵ MATURANA MIQUEL, Cristian. Las Medidas Cautelares, Los Incidentes, Los Procedimientos Declarativos Especiales, El Juicio Ejecutivo y Los Asuntos Judiciales No Contenciosos. Universidad de Chile. 2011. p. 365.

³⁹⁶ *Ibíd.*

En primer lugar, se le concede el derecho a reserva al demandante en el procedimiento ejecutivo, conforme lo señala el art. 467:

"El ejecutante podrá sólo dentro del plazo de cuatro días que concede el inciso 1º del artículo anterior, desistirse de la demanda ejecutiva, con reserva de su derecho para entablar acción ordinaria sobre los mismos puntos que han sido materia de aquella.

Por el desistimiento perderá el derecho para deducir nueva acción ejecutiva, y quedará ipso facto sin valor el embargo y demás resoluciones dictadas. Responderá el ejecutante de los perjuicios que se hayan causado con la demanda ejecutiva, salvo lo que se resuelva en el juicio ordinario".

La norma transcrita consagra, tal como lo señala en el propio artículo, un desistimiento especial de la demanda ejecutiva, regulando la oportunidad para su utilización. Este caso supone, en principio, una excepción a los efectos de la cosa juzgada material en atención a que cuando se hace ejercicio de esta facultad el tribunal que conoce del procedimiento ejecutivo deberá acoger dicho desistimiento de forma instantánea, dejando sin efecto cualquier actuación judicial que se haya materializado en función de la demanda ejecutiva impetrada. La resolución que acoge este desistimiento sería excepcional en cuanto a sus efectos atendido que, por regla general, el desistimiento de la demanda en un proceso civil por parte del demandante produce no solo el término del procedimiento, sino que la extinción de la pretensión que se ha hecho valer, a través del efecto de cosa juzgada material que la ley le atribuye a la resolución que tiene por desistido al demandante³⁹⁷, en la cual se entiende que ha existido una verdadera renuncia del sujeto activo a su derecho. Se trata, entonces, de entregar a quien pretende el cobro ejecutivo una nueva oportunidad de discusión sobre el fondo, pero reservada exclusivamente para un juicio de naturaleza declarativa, no pudiendo iniciarse con el mismo título un nuevo procedimiento de ejecución.

a.3.2) La reserva de excepciones en el juicio ejecutivo

Tal como se le entrega la posibilidad de hacer reserva de sus pretensiones al demandante, en el juicio ejecutivo es posible para el demandado ejercer el derecho a reservar sus defensas y excepciones para ante un procedimiento de naturaleza declarativa posterior. Esta institución se encuentra regulada en el artículo 473 que expresa:

³⁹⁷ Según lo dispuesto en los artículos 150 del CPC que señala "La sentencia que acepte el desistimiento, haya o no habido oposición, extinguirá las acciones a que él se refiera, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que se pone fin". En el mismo sentido véase: AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite. Derecho Procesal Civil, La reserva de acciones en el juicio ejecutivo y los requisitos necesarios para la correcta configuración de la excepción de litispendencia. Revista Chilena de Derecho Privado. N°. 28. 2017. p. 393.

“Si, deduciendo el ejecutado oposición legal, expone en el mismo acto que no tiene medios de justificarla en el término de prueba, y pide que se le reserve su derecho para el juicio ordinario y que no se haga pago al acreedor sin que caucione previamente las resultas de este juicio, el tribunal dictará sentencia de pago o remate y accederá a la reserva y caución pedidas”

En el artículo precitado se establece el derecho del demandado de dejar a salvo sus defensas para poder iniciar un procedimiento de cognición en el que tome el rol de sujeto activo, tal como lo expresa a renglón seguido el artículo 474:

“Si, en el caso del artículo precedente, no entabla el deudor su demanda ordinaria en el término de quince días, contado desde que se le notifique la sentencia definitiva, se procederá a ejecutar dicha sentencia sin previa caución, o quedará ésta ipso facto cancelada, si se ha otorgado.”

Por lo tanto, lo que existe es el ejercicio de una facultad especialísima, a través de la cual el demandado podrá hacer valer sus medios impeditivos contra la demanda en un juicio posterior, pero que no evitan que en el juicio actual, el juicio ejecutivo, se dicte una sentencia condenatoria en su contra³⁹⁸, y que dejará pendiente su ejecución forzada, es decir la liquidación y entrega de los bienes, durante el plazo que el art. 474 le entrega al demandado para hacer valer su derecho, 15 días, de utilizar dichas excepciones como fundamento de una nueva demanda. Es por ello que se dice que la sentencia que se dicta en el juicio ejecutivo no tiene aparejado el efecto de la cosa juzgada material, sino solo “formal” en tanto deja a salvo la posibilidad de rediscusión sobre el fondo en procedimiento ulterior.

Así, es posible señalar que lo que hace el CPC en su regulación de la reserva es entregar la posibilidad a las partes del procedimiento de ejecución de “sustituir” la naturaleza del procedimiento en el que se discute la cuestión y a través de esta institución pasar a un procedimiento ordinario, declarativo y de lato conocimiento, para poder justificar de forma extendida los argumentos que sirven de apoyo a su pretensión, ante la legítima expectativa que dada la premura de los términos y concentración de los trámites en el procedimiento ejecutivo sus intereses puedan verse menoscabados. Lo anterior, queda de manifiesto, ya que existe una norma expresa que solo permite iniciar un nuevo procedimiento de carácter declarativo, es decir, la resolución que se dicta impedirá una nueva discusión en un procedimiento ejecutivo, pero reconoce que la complejidad del asunto haga necesaria su discusión en procedimiento de lato conocimiento.

³⁹⁸ Las sentencias que acogen la demanda en el juicio ejecutivo podrán ser de pago, si lo embargado es dinero o la especie o cuerpo cierto que se reclama; o de remata (subasta) en la que se busca que los bienes embargados sean liquidados y con dicho producto se pague al acreedor. Art. 470 del CPC.

En consecuencia, no se trata, en nuestra opinión, de instituciones que busquen realmente hacer excepción al efecto de cosa juzgada material, en circunstancias que solo ha operado un mecanismo de cambio de naturaleza del procedimiento -de ejecutivo a declarativo y plenario, por una parte, y por otro lado no ha existido un pronunciamiento real sobre el fondo del asunto, toda vez que si es que se hace valer la reserva tanto por el demandante como por el demandado, se suspende, o derechamente se excluyen, el contradictorio y el período de prueba, sin que la sentencia haya realizado un examen sobre los fundamentos de fondo hechos valer en juicio, otorgando la tutela requerida por las partes.

b) Casos de procedencia de la cosa juzgada formal fundada en la naturaleza cautelar o conservadora del procedimiento en el que se origina la sentencia

El ordenamiento jurídico suele establecer ciertos mecanismos urgentes para el control del respeto y la represión de la conculcación de los derechos y garantías más elementales de sus ciudadanos. De esta manera, los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la República o Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes³⁹⁹, suelen contar con vehículos procesales de protección ante su vulneración o amenaza de vulneración tanto por parte del Estado mismo, como por parte de sujetos particulares. En ese contexto, la propia Constitución ha establecido determinadas acciones de urgencia⁴⁰⁰, que dan origen o apertura a procedimientos cautelares de custodia jurisdiccional de derechos fundamentales⁴⁰¹, los que comúnmente no tiene asociado un efecto perenne sobre el fondo, sino meramente temporal en cuanto a evitar la permanencia en el tiempo de la vulneración del derecho constitucionalmente protegido, dejando a salvo la posibilidad de discusión en un procedimiento ulterior de mayor duración, regido por las reglas de la tutela civil ordinaria.

b.1) Acción Constitucional de Protección

³⁹⁹ Art. 5 de la CPR.

⁴⁰⁰ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. pp. 405-406.

⁴⁰¹ Tradicionalmente se señala que los tribunales que conocen estos procedimientos lo hacen en virtud de lo que el art. 3 del Código Orgánico de Tribunales denomina facultades conexas a la jurisdicción, en las que se contienen las facultades conservadoras, definidas como aquellas que tienen por objeto la protección de las garantías constitucionales de los justiciables, “relativas a la protección y amparo de las garantías individuales y sociales Consagradas en la constitución”. PEREIRA ANABALON, Hugo. Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico. Conosur. Santiago. 1996. BORDALI SALAMANCA, Andrés. Derecho Jurisdiccional. Ediciones Universidad Austral. Valdivia. 2016. p. 127. “Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código”. Véase También MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 56.

La acción de protección establecida directamente en el art. 20 de la Constitución Política de la República de Chile, ha sido definida por MOSQUERA y MATURANA como:

“la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importuna privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”⁴⁰².

Esta definición, omnicomprendiva de la fisonomía de la acción en comento, contiene sus principales características de cara a su relevancia para este estudio. Se trata de una acción de naturaleza cautelar, ejercida directamente por el afectado ante los tribunales superiores, en este caso una Corte de Apelaciones, para que de forma urgente revise la ilegalidad o arbitrariedad de un acto estatal o emanado de un sujeto privado que supone la afectación de las garantías constitucionales de quien ejerce la acción. Se trata, entonces, de un proceso jurisdiccional de carácter urgente y autónomo⁴⁰³, que busca se tomen las medidas necesarias para poner fin a la perturbación o amenaza de perturbación de la garantía constitucional del sujeto que la sufre y que da origen a una sentencia definitiva, que tiene por objeto poner fin, en el caso de ser acogida la acción, a la situación de hecho que origina el referido menoscabo⁴⁰⁴.

En este procedimiento es la propia norma que lo consagra, el art. 20 de la CPR, la que señala que lo que se falle con ocasión de la acción de protección deja a salvo el ejercicio de las acciones ordinarias que correspondan en su caso. De esta regulación se ha señalado por la literatura que el efecto de cosa juzgada asociado a la sentencia que falla el recurso de protección sea meramente formal⁴⁰⁵, toda vez que será posible volver a discutir el asunto de fondo en un procedimiento de lato conocimiento⁴⁰⁶.

⁴⁰² MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 405.

⁴⁰³ Ibid. pp. 405-406.

⁴⁰⁴ La Constitución en su art. 20 se refiere a estas medidas señalando que se “reestablezca el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

⁴⁰⁵ Según señala Romero, puede justificarse esta denominación en función de los 3 elementos distintivos del procedimiento que se origina a través de la acción de protección: a) la naturaleza de la acción de protección; b) el carácter de procedimiento sumarísimo, y c) el reconocimiento de un concurso de acciones. ROMERO SEQUEL, Alejandro. Op. Cit. p. 136.

⁴⁰⁶ Ibid.

Lo anterior toma relevancia dado que una de las garantías protegidas por la acción de protección es el derecho de propiedad (derecho real de dominio), que se encuentra constitucionalmente consagrado en el numeral 24⁴⁰⁷, y respecto de la cual se interpone una gran cantidad de estas acciones. Se dice que existiría una excepción a los efectos de la cosa juzgada material a tal respecto, ya que en estos casos la sentencia que se dicta en estos procedimientos de urgencia no es impediente de que se ejerzan por cualquiera de las partes las respectivas acciones propias del derecho afectado, como serían las acciones de dominio contenidas en el Código Civil, como la acción reivindicatoria o las acciones posesorias⁴⁰⁸.

c) Procedimientos especiales derivados del contrato de arrendamiento de predios urbanos

Es posible encontrar en el derecho procesal civil algunos procedimientos especiales que tienen norma expresa que excepciona el efecto de la cosa juzgada material o sustancial. Tal es el caso de los procedimientos regulados con ocasión del ejercicio de los derechos emanados del contrato de arrendamiento (alquiler) de predios urbanos⁴⁰⁹. A tal respecto, huelga señalar, que dada la importancia social de la materia se ha dictado una ley especial, Ley N° 18.101 sobre “_”, que viene a reemplazar las normas generales del Código Civil, en lo sustantivo, y al CPC en lo procesal, respecto a la creación y regulación de un procedimiento autónomo para el ejercicio de las acciones derivadas de incumplimientos contractuales en caso de arrendamiento de predios urbanos.

Así, la ley consagra un procedimiento breve y sumario, caracterizado por audiencias concentradas en las que se llevan a cabo el contradictorio, el llamado a conciliación y la

⁴⁰⁷ Art. 19 N°24°. “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”

⁴⁰⁸ Art. 889 del Código Civil chileno.

⁴⁰⁹ En términos similares a las acciones de procedimientos verbales contenidas en los artículos 249 N° 6 y 250 N° 1 de la LEC 2000.

prueba⁴¹⁰, y en el que se dicta sentencia de forma expedita, incluso ante la rebeldía del demandado⁴¹¹.

En lo relativo a la cosa juzgada, existe una norma particular que consagra, a juicio de la doctrina chilena, un caso de cosa juzgada formal, se trata del artículo 16 que indica:

“Si se declarare sin lugar el desahucio o la restitución, el actor no podrá intentar nuevamente tales acciones sino transcurrido seis meses desde que haya quedado ejecutoriada la sentencia de rechazo, a menos que se funden en hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda.”

Este artículo permite expresamente que se vuelvan a ejercer las mismas acciones, ya discutidas y falladas dentro de un determinado plazo. La norma transcrita fija un ámbito de aplicación específico, debe tratarse de acciones que busquen el desahucio o la restitución del inmueble, por lo que solo opera en beneficio del arrendador, dada la pretensión objeto de la regla. Asimismo, señala que deberá dejar transcurrir seis meses desde la sentencia, no desde la notificación, de rechazo de dichas acciones, a menos que se funde en hechos sobrevinientes a la dictación de la sentencia, en cuyo caso no es necesario esperar dicho término. De lo anterior se colige que, de no mediar nuevos antecedentes, las acciones que se ejercerán serán las mismas, fundadas en los mismos hechos y el objeto del segundo proceso podría ser exactamente el mismo.

1.1.1 RECONSTRUCCION: MÁS QUE COSA JUZGADA FORMAL, EXCEPCIÓN A LA COSA JUZGADA MATERIAL

De los casos examinados en la legislación chilena, es posible sostener, tal como se señalara previamente, que existe una noción de cosa juzgada formal que se construye u orbita en función de la cosa juzgada material, configurándose como una excepción a los efectos de la sentencia en ese respecto, y que no atiende solo a la imposibilidad de impugnación que alcanza la resolución, sino que se diferencia de la *res judicata* sustancial al permitirse la rediscusión de lo fallado en otros procedimientos, generalmente de cognición y lato conocimiento.

A juicio de este trabajo la idea de cosa juzgada formal en jurisdicciones latinoamericanas, paradigmáticamente Chile, se diferencia de la construcción clásica continental, presente en la doctrina mayoritaria de España e Italia, precisamente en este punto, su categorización respecto a la cosa juzgada material derivada de la posibilidad de revisión

⁴¹⁰ Art. 7° de la Ley N° 18.101 sobre Arrendamiento de Predios Urbanos.

⁴¹¹ *Ibíd.*

en nuevos procedimientos. Con todo, es posible sostener en esta investigación que tanto la cultura jurídica procesal latinoamericana como la europea continental que le ha servido de fuente comparten un aspecto común respecto de la idea de cosa juzgada formal, la que no se encuentra presente en la cultura jurídica del *common law*. Se trata de la idea de impugnación y control de las resoluciones judiciales para fines de su estabilidad, tal como se verá en el apartado siguiente, creemos que la idea de “formalidad” de la cosa juzgada guarda una íntima relación con la estructura de los medios de impugnación del sistema de justicia civil, y éste, a su vez, con la estructura misma del poder judicial y el modelo de estado del que se trate.

1.2 COSA JUZGADA FORMAL Y RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Es posible encontrar una justificación de la clasificación de la cosa juzgada como “formal” en la estructura y organización del sistema de justicia, es decir, de la configuración del Poder Judicial en cuanto a la competencia civil. Se ha sostenido, por teóricos comparativistas respecto de modelos procesales que existirían dos modelos o ideales de estructura estatal, el Estado Paritario y el Estado Jerárquico⁴¹². El primero sostiene una organización horizontal -paritaria- en cuanto a la distribución del poder político, en el que los órganos que forman parte de él, incluidos los tribunales, tienen a tener menor burocratización y suelen ser colegiados y están sujetos a controles entre pares, es decir el control de sus actos se ejerce por otro órgano de igual jerarquía⁴¹³.

Por su parte el Estado Jerárquico, originado desde fines del siglo XI por el derecho canónico y la estructura eminentemente jerarquizada de la Iglesia, así como por los regímenes absolutistas de Europa continental, se funda en una distribución vertical del poder; las potestades de los órganos del Estado emanan de un superior jerárquico, que los instruye y que tiene a su cargo el control de quienes se encuentren más abajo. Propio del sistema jerárquico es un alto nivel de burocracia estatal y funcionarios con un alto nivel de jerarquización⁴¹⁴.

Los tribunales de justicia, como órganos estatales, quedan sujetos a estas formas de organización, es más, suelen presentarse de forma paradigmática como la hebra del poder

⁴¹² DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. p. 37.

⁴¹³ EZURMENDIA ALVAREZ, Jesús. El recurso de reposición, tratamiento en el derecho procesal vigente y en el proyecto de reforma procesal civil. Editorial Libromar Ltda. Santiago. 2014. p. 51

⁴¹⁴ DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. pp. 37-40.

estatal cuya jerarquización es más fácilmente identificable. Asimismo, el modelo de organización de esos tribunales no solo es orgánico, sino que es, además, funcional, toda vez que la forma en que se desenvuelve el ejercicio jurisdiccional, especialmente en la forma que se ejerce el control y revisión de las decisiones judiciales⁴¹⁵.

Así, en un modelo de estado jerarquizado el control de las decisiones judiciales es de orden vertical. Según DAMASKA, resulta obvia la conexión entre el ordenamiento vertical del poder y la revisión jerárquica, en el control vertical la revisión de la decisión del funcionario inferior (juez) por parte del superior (generalmente a través de la apelación) no se concibe como algo extraordinario, sino que será lo habitual, incluso lo esperado⁴¹⁶. Es más, puede que no sólo recaiga en las propias partes la idea de elevar el conocimiento del asunto a un órgano superior (modelo habitual en Europa continental y Latinoamérica), sino que puede que lo haga de oficio el propio tribunal⁴¹⁷.

De esta manera, en estos sistemas existe un verdadero “control de calidad” de la actuación del órgano que decide por parte de su superior jerárquico⁴¹⁸, generalmente a través de recursos devolutivos (que “elevan” la competencia para ante el tribunal generalmente inmediatamente superior en una estructura piramidal), configurando una “cultura de la apelación”⁴¹⁹, en que los recursos verticales son procedentes contra gran cantidad de resoluciones, pero especialmente respecto de las decisiones finales como la sentencia definitiva.

Lo anterior redundaría en un proceso civil que se fragmenta en etapas sucesivas, dividiéndose en segmentos poco concentrados, que habitualmente repercute en procedimientos de larga duración⁴²⁰, en la que un mismo asunto se discute dentro del mismo proceso varias veces⁴²¹. Ello, provoca que el ejercicio de la función jurisdiccional se fraccione en etapas de verticalidad consecutiva, siendo cada instancia un momento de

⁴¹⁵ EZURMENDIA ALVAREZ, Jesús. El recurso de reposición. Op. Cit. p. 51.

⁴¹⁶ DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. p. 86.

⁴¹⁷ Ibid. p. 87.

⁴¹⁸ EZURMENDIA ALVAREZ, Jesús. El recurso de reposición. Op. Cit. p. 52.

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. p. 88. El concepto de fragmentación también es utilizado por Bordalí. Véase BORDALI SALAMANCA, Andrés. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36. N°. 2. 2009. p. 226.

⁴²¹ LEIBLE, Stefan y KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Proceso civil alemán. Biblioteca Jurídica Dikép. Medellín. 1999. p. 339.

revisión aguas arriba en la pirámide jerárquica de revisión que se “relevan ante funcionarios encerrados en una cadena de subordinación”⁴²².

A contrafaz de moneda, en el modelo paritario de organización estatal, los controles verticales de las decisiones son mucho menos frecuentes, toda vez que la idea de control se ejerce de forma horizontal, por lo que las decisiones de los órganos estatales suelen ser finales, salvo casos excepcionales de impugnación⁴²³. Así, el proceso suele tener una sola instancia, siendo su revisión algo de rara ocurrencia, y su modificación eventual algo extraordinario⁴²⁴.

De la elaboración teórica precedente, es posible ver representado en el modelo de estado jerárquico la estructura del Poder Judicial en la mayoría de los países de tradición jurídica continental, tanto en Europa como en Latinoamérica. Así, tanto en España (asimismo Italia y Alemania)⁴²⁵, como en Chile⁴²⁶, (y Argentina, Colombia, entre otros) es posible encontrar una cadena vertical de revisiones dividida en escalafones en la que será habitual que los jueces de inferior jerarquía (generalmente de primera instancia) resuelvan de manera tentativa o “solo eventualmente final”⁴²⁷, ya que su decisión será, por regla general, revisada por un superior jerárquico por la vía de algún medio de impugnación, típicamente un recurso.

⁴²² DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. p. 89

⁴²³ *Ibid.* p. 104. Damaska agrega que “las mociones para reconsiderar (solicitar un cambio de parecer ante el mismo tribunal), fascinantes para alguien acostumbrado a diferentes estadios de poder, son tan normales y prevalentes en un aparato paritario de poder como las peticiones de una apelación superior en las organizaciones judiciales jerárquicas”.

⁴²⁴ DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. El proceso civil inglés. Editorial Comares. Madrid. 2014. p. 167.

⁴²⁵ En el caso español la Constitución Española regula el “Poder Judicial” en el Título VI (art. 117 y ss.) y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 26 regula la estructura piramidal de los Tribunales, distinguiendo, de abajo hacia arriba, entre Jueces de Paz, Jueces de Primera Instancia e Instrucción, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. Asimismo, el art. 123 de la Constitución expresa que el Tribunal Supremo es “el órgano jurisdiccional supremo”. En el caso alemán, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), denomina el numeral IX al “Poder Judicial” (*Die Rechtsprechung*); y en el caso italiano la Costituzione Della Repubblica Italiana dedica el Título IV a “*La Magistratura*”.

⁴²⁶ En el caso chileno la Constitución dedica el Capítulo VI (art. 76 y ss. a la materia, denominado, al igual que en norma española “Del Poder Judicial”. De la misma manera, el Art. 5 del Código Orgánico de Tribunales establece la estructura piramidal del Poder Judicial, estableciendo Jueces de Letras (de primera y única instancia), Cortes de Apelaciones y Corte Suprema. En el caso argentino la carta fundamental señala en la Sección Tercera “Del Poder Judicial” (art. 108 y ss), y en sus artículos 112 a 115 distingue varias veces entre Tribunales Superiores y Tribunales inferiores. En Colombia se le dedica el Título VII, utilizando la voz “De la Rama Judicial”, y en su art. 234 regula a la Corte Suprema como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”.

⁴²⁷ EZURMENDIA ALVAREZ, Jesús. El recurso de reposición. Op. Cit. p. 54.

Como consecuencia de lo anterior, la verdadera idea de “finalidad” o de decisión final y definitiva se asocia a la decisión adjudicada por el órgano judicial de la más alta jerarquía, respecto de la cual no procederán recursos ni vías de impugnación. Será solo en ese momento, en que las partes entienden que la decisión ya es “definitiva” y que el resultado del proceso se vuelve final⁴²⁸.

De suyo es posible, entonces, ver como la estructura del poder judicial y su fragmentación en cuanto a la revisión y la cosa juzgada formal son vasos comunicantes. Lo anterior se explica en función de que la propia conceptualización de la cosa juzgada formal se define y orbita en relación a la impugnabilidad de las resoluciones, tal como se viera en el apartado anterior⁴²⁹. Así, resulta distintivo de sistemas jerarquizados de revisión que la noción de cosa juzgada material se asocie a la inmutabilidad, mientras que la cosa juzgada formal a la preclusión de las vías de impugnación, es decir, al agotamiento de las vías de revisión aguas arriba dentro del mismo proceso⁴³⁰, pues se trata de un proceso caracterizado por varias plantas o pisos, en el que la decisión va escalando hasta llegar al vértice de la pirámide.

Por ello, es posible encontrar en la regulación positiva de la cosa juzgada formal referencias contantes al estado de firmeza alcanzado cuando no se han interpuesto recursos que eran procedentes, habiendo transcurrido el plazo establecido para ello, o cuando no proceden en contra de la resolución otros recursos (Art. 207N°2 LEC 2000, Párrafo 705 ZPO, Art. 174 CPC)⁴³¹, siendo generalmente la causa de improcedencia de

⁴²⁸ Es decir, cuando se ha “terminado la cadena de revisión vertical”. WIENER DEUTSCH, Felipe. Análisis Comparado de la cosa juzgada en el derecho occidental. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2018. p. 25.

⁴²⁹ Supra.

⁴³⁰ Véase ORTELLS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 561; MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. pp. 489-490; DE LA OLIVA SANTOS. Op. Cit. p. 176; GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. 511-512.

⁴³¹ Art. 207 N°2 de la LEC 2000 señala “2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado”. Art. 174 CPC: “Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes.”. § 705 ZPO “La cosa juzgada de sentencias no tiene lugar antes del vencimiento del plazo para la interposición del recurso admisible o de la oposición. La producción de la cosa juzgada se suspende mediante la interposición oportuna de recurso o de oposición”. Traducción del original “*Die Rechtskraft der Urteile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt*” *comprobar de nuevo (la fidelidad de la traducción???)*. Véase PEREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ, Juan. Código Procesal Civil Alemán, ZPO. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil contemporáneo. Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo. 2006.

recursos el haberse dictado, precisamente, en conocimiento de un recurso por el tribunal de la más alta jerarquía, como será el caso de la casación en el caso español⁴³², o la casación en el fondo en el caso chileno⁴³³.

Por otro lado, en la contraparte del *common law*, tal como se verá en la Parte Cuarta⁴³⁴, la estructura de revisión excepcional permite incluso sostener que la *res judicata* no tiene como requisito indefectible y esencial la firmeza de la resolución, por lo que la noción de cosa juzgada “formal” no existe como tal, o en términos similares a su contraparte de la tradición continental.

1.3 NUESTRAS REFLEXIONES SOBRE PERTINENCIA Y UTILIDAD DE COSA JUZGADA FORMAL

Como se ha expuesto durante este capítulo, la clasificación referida a la cosa juzgada formal se encuentra reconocida en parte importante de la doctrina de la tradición jurídica del derecho continental, así como en algunos cuerpos normativos procesales, especialmente en Europa⁴³⁵. A nivel teórico se ha criticado la razonabilidad de esta construcción, toda vez que no queda fehacientemente claro el porqué de su articulación dogmática, ni tampoco cual es la real utilidad de su mantenimiento⁴³⁶. De esa manera, es posible encontrar, particularmente en el derecho español e italiano, autores que se alejan de la idea convencional del binomio material/formal, en especial atención a la dificultad para diferenciar a la cosa juzgada formal de la ejecutoriedad y estado de firmeza de las resoluciones judiciales.

En ese contexto es posible diferenciar una primera crítica a la noción de cosa juzgada formal desde el prisma de considerar que, en realidad, se trata de la misma institución que la cosa juzgada material.

Por parte de este trabajo se plantean a continuación ciertas conclusiones relativas a este acápite que dan cuenta de una opinión favorable a dicha doctrina, entendiendo que la cosa juzgada formal no es, desde una perspectiva teórica, una “clasificación” de la cosa

⁴³² Art. 447 LEC 2000.

⁴³³ Art. 767 CPC.

⁴³⁴ Véase *infra* Parte Cuarta 1.2.1

⁴³⁵ Véase *Supra* 2.3.1.

⁴³⁶ CORTES DOMINGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor. Op. Cit. p. 278.

juzgada, sin perjuicio de reconocer la importancia explicativa y pedagógica que puede haber tenido.

a) Desde la perspectiva de los fundamentos

Parte importante del Capítulo I de esta investigación, se ha propuesto elaborar una concatenación de fundamentos que permiten justificar la existencia de la cosa juzgada como la institución de cierre del sistema de justicia civil. Desde dicha perspectiva, corresponde analizar a la cosa juzgada formal, que en tanto participaría de ser cosa juzgada, supone le sean aplicables dichos motivos de justificación. En ese plano el principal y más recurrente argumento para la existencia de las reglas relativas a la cosa juzgada es la seguridad jurídica. Por otro lado, existen quienes sostiene que, metodológicamente hablando, se requiere unificar ambos criterios ante la falta de utilidad de la diferenciación, sino que más bien se abona a la ya complicada teorización alrededor de la cosa juzgada⁴³⁷.

A tal respecto se arguye que existe una necesidad tanto pública como privada en que las relaciones jurídicas se establezcan, se tenga certidumbre de aquello que era indeterminado previo al proceso judicial, lo que era precisamente disputado por las partes. Se trata de una noción de seguridad normativa, en el que los sujetos de derecho pueden considerar ciertas cuestiones como indubitadas⁴³⁸. En ese contexto, este fundamento ha sido extrapolado por cierta doctrina y jurisprudencia a la idea de cosa juzgada formal⁴³⁹, mas no aparece claro cómo es que la cosa juzgada formal podría propender a la seguridad jurídica, en el entendido que es una institución eminentemente intraprocesal, que opera *ad intra* y que, por consiguiente, solo supone cerrar etapas del procedimiento⁴⁴⁰, pero no clausurar el debate sobre la cuestión de fondo sometida a decisión del tribunal -objeto del proceso- sino simplemente ordenar el avance del procedimiento en cumplimiento de las actuaciones previstas por la ley para su prosecución.

De la misma manera, tampoco existe una verdadera clausura de la discusión con el advenimiento de la cosa juzgada formal dentro de un procedimiento, pues existen numerosas herramientas de modificación dentro del curso de un proceso civil que

⁴³⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa Juzgada. Op. Cit. p. 126-128.

⁴³⁸ Véase *supra* 1.3.1.1

⁴³⁹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Op. Cit. p. 160. CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. 40-42.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*

permiten devolver la secuela del procedimiento en casos de error o vicios que sean detectados por parte del tribunal, incluso en forma oficiosa. Tal es el caso de lo dispuesto en el art. 83 inciso cuarto del CPC⁴⁴¹, o lo dispuesto en el artículo 227 de la LEC en relación con el artículo 240.2 de la LOPJ, de forma de entregar a los jueces el control del transcurso del proceso, incluso permitiendo retrotraerle a estado iniciales si fuere necesario. Lo anterior no podría considerarse como un atentado a la seguridad jurídica, sino simplemente como el ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto de los trámites del procedimiento.

Asimismo, tampoco parece razonable la aplicabilidad del fundamento de utilidad pública⁴⁴², toda vez que no existe una necesidad de terminar con la litigación intraprocesal, así como tampoco un ahorro de recursos públicos ni una forma de evitar sentencias contradictorias dentro del mismo procedimiento. Lo anterior, parece claro pues si el tribunal se aparta de la racionalidad del proceso, dictando una resolución “incompatible” con una anterior dentro del mismo litigio, las partes contarán con las vías de impugnación para hacer subsanar el agravio, no pareciendo que exista un rol inhibitorio ni una prohibición de repetición de juzgamiento. En ese sentido, no se concibe como un tribunal podría fallar, dentro del mismo proceso, dos veces la misma cuestión, o en el evento de que lo hiciera, lo haga fuera del marco de sus facultades para corregir el procedimiento, habiendo declarado la ineficacia del primer trámite, previo a la dictación de la nueva resolución que lo reemplaza.

De la misma manera, cuesta imaginar resoluciones que produzcan cosa juzgada formal dentro del mismo procedimiento, sino más bien es posible encontrar otras figuras procesales afines y relacionadas a la cosa juzgada que han operado dentro del proceso. Así, por ejemplo, si se tiene por contestada la demanda del demandando en tiempo y forma, no es que se pueda luego dictar otra que señale lo contrario, sino que, de acuerdo con la estructura del procedimiento, ha precluido la facultad de contestar, y por lo tanto no se podría verificar una nueva contestación. Si en este caso ocurriese el hecho de presentarse un nuevo escrito de contestación y el tribunal dictara una resolución acogiendo dicha solicitud no correspondería hablar de una infracción a la cosa juzgada formal, sino que, a

⁴⁴¹ “El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley.”

⁴⁴² Véase *supra* 1.3.1.2.

la nulidad de la actuación, y de la resolución sobre ella recaída, cuestión que sería reparable mediante recursos devolutivos o devolutivos.

Asimismo, se ha sostenido, principalmente por DE LA OLIVA, que la cosa juzgada formal supone una suerte de efecto positivo *ad intra*, una aplicación de la misma razón del efecto positivo de la cosa juzgada material⁴⁴³, pero en el que el vínculo “prejudicial” entre las resoluciones del mismo proceso impide que en una posterior el tribunal se aparte de las conclusiones contenidas en una previa. Este argumento, aunque interesante, se encuentra expuesto a los mismos problemas antes referidos, la posibilidad de retrotraer el procedimiento podría permitir eliminar la primera resolución, eliminando “la cosa juzgada interna”. Asimismo, la propia institución del efecto positivo supone una conexión o vinculación lógico-material entre dos procesos cuyos objetos son distintos, cuestión que parece difícil de configurarse al interior de un mismo procedimiento, en el que parece forzado sostener que existen sub-objetos o pretensiones accesorias que no sean parte del objeto principal.

b) Desde la relación con la firmeza

A este respecto, tal como se ha señalado *supra*, una parte de la doctrina sostiene que estos dos conceptos no parecen ser diferenciables, siendo, en realidad la cosa juzgada una forma de denominación de la ejecutoriedad del fallo, más que una clasificación en sí misma. Como señalan ORTELLS, GÓMEZ ORBANEJA y GUASP⁴⁴⁴, se trata en realidad del instante en el que ya no es posible recurrir, tanto por consumación, por improcedencia o por extinción, respecto de una resolución, de forma que se hace inatacable. Dicho argumento es, además, refrendado por la doctrina italiana de TARUFFO, CAPRI y COLSANTI, quienes, contraviniendo a CARNELUTTI, sostiene que la cosa juzgada formal al tenor del art. 324 de *Codice*, supone el momento en que los efectos de la cosa juzgada material se producen, y no a un tipo especial de cosa juzgada, dicho momento no sería otro que la firmeza de la resolución⁴⁴⁵.

c) Desde la idea de los procedimientos especiales que producen cosa juzgada formal

⁴⁴³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Op. Cit. p. 162.

⁴⁴⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 561. CAPRI, Federico, COLESANTI, Vittorio y TARUFFO, Michele. Op. Cit. p. 324. GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. pp. 511-513.

⁴⁴⁵ CAPRI, Federico, COLESANTI, Vittorio y TARUFFO, Michele. Op. Cit. p. 324.

Tanto en Chile como en España, existen ciertos procedimientos a cuyas sentencias la ley atribuye efectos distintos de los ordinarios, en especial aquellos referidos a la idea de tutela cautelar, sumariedad o disminución de facultades procesales de una de las partes. En dichos casos, se sostiene, existe cosa juzgada formal, pues no se puede modificar lo resuelto en dichos procedimientos especiales⁴⁴⁶, pero queda a salvo la posibilidad de una revisita al asunto de fondo en un procedimiento de lato conocimiento posterior. Este tipo de argumentos, más que solidificar la existencia de una cosa juzgada formal, permiten sostener precisamente lo contrario.

En primer lugar, la cosa juzgada se define en función de la prohibición de repetición de juicios⁴⁴⁷, cuestión que en este caso no se presenta, sino que, por el contrario, está expresamente excluida. Luego, se dice que la cosa juzgada formal opera dentro del proceso⁴⁴⁸, pero aquí se le atribuye una función extraña, medianamente externa, pues no puede producir reales consecuencias *ad intra* la resolución que pone fin a un procedimiento, toda vez que es la consecuencia lógica de dicho proceso, el corolario, manifestado en la decisión del juez, de manera tal que tampoco se verifica una función intraprocesal. De la misma manera, tampoco existe el “efecto positivo” dentro del mismo proceso, toda vez que no existirán trámites posteriores que puedan basarse en dicha resolución, salvo que se sostenga que las sentencias definitivas que ponen fin a los procedimientos especiales no producen verdaderamente cosa juzgada formal, que es precisamente el núcleo de esta conclusión.

Desde esa perspectiva, parece más razonable sostener que, en realidad, se trata de procesos en los que, atendida sus características especiales, la ley ha dispuesto una excepción expresa a la cosa juzgada material, permitiendo que en un proceso de mayor extensión y más amplias facultades procesales se vuelva a discutir el asunto. Ello, además de razonable, no tensa la construcción de la cosa juzgada, ni resulta incompatible con la lógica interna del proceso civil. De la misma manera, la imposibilidad de modificar la resolución dictada dentro del mismo procedimiento especial sobreviene por la firmeza de la resolución que les ha puesto término, no por efecto de la cosa juzgada formal.

⁴⁴⁶ Véase *supra* 2.3.1.1

⁴⁴⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa Juzgada: el fin. Op. Cit. p. 15.

⁴⁴⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 23.

Asimismo, parece paradójico que la cosa juzgada pueda justificarse en la seguridad jurídica como parte de la garantía de la tutela judicial efectiva⁴⁴⁹, y que al mismo tiempo sea ese uno de los fundamentos por los cuales es posible volver a discutir la cuestión de fondo, atendida la disminución de herramientas procesales que podría generar una cierta cuota de indefensión en procedimientos sumarios, sumarísimos o verbales, pero que, concomitantemente, se pretenda atribuir un efecto de cosa juzgada “de menor intensidad” a dichos procedimientos⁴⁵⁰. Nuevamente, parece más adecuado sostener que la defensa de la tutela judicial efectiva ha puesto al legislador en la necesidad de establecer una excepción al efecto de la sentencia en este tipo de procedimientos, impidiendo que se genere la cosa juzgada material, para permitir una nueva vista del asunto en un procedimiento en el que existan todas las garantías procesales para las partes. De esta manera se concilian los intereses de tutela urgente, ejecución y defensa de derechos fundamentales con la idea de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, es decir, flexibilizando la idea de cosa juzgada (material), mas no atribuyendo una *res judicata* de menor fuerza.

En conclusión, y según se ha expuesto, se adhiere a la doctrina que sostiene que no es necesaria la distinción de la cosa juzgada formal, así como tampoco corresponde comprenderla como parte de la cosa juzgada, sino que, simplemente, reconocer que no presenta un utilidad particular al proceso el intentar construir teóricamente una figura cuyos fines son cubiertos por otras herramientas e instituciones procesales, tales como la firmeza, la preclusión, el orden consecutivo legal o, en su caso, las facultades de dirección del proceso entregadas a los jueces.

Lo anterior se hace notorio según se establece la relación entre la cosa juzgada formal y la improcedencia de recursos en contra de la resolución que la produce, ya que, pareciera, que se trata de una idea que refleja una fragmentación de la estructura del proceso civil, en atención a que las resoluciones han terminado su viaje aguas arriba hasta devenir inmodificables⁴⁵¹. Lo anterior se puede vislumbrar si se comparan tradiciones jurídicas, pero más específicamente estructuras de proceso civil, toda vez que en el *common law* los recursos son excepcionales, no suele ser posible impugnar devolutivamente una

⁴⁴⁹ Véase *supra* 1.3.1.3

⁴⁵⁰ GARROTE CAMPILLAY, Emilio. Cosa juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del tribunal constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Estudios constitucionales. Vol. 10. N°. 2. 2012. p. 401.

⁴⁵¹ Véase *supra* 2.3.1.1

sentencia, ni se requiere tampoco el estado de firmeza para que la cosa juzgada surta sus efectos inhibitorios⁴⁵², y es, precisamente, en estas jurisdicciones donde no existe la distinción de cosa juzgada formal.

⁴⁵² HANDLEY, K.R. Spencer Bower and Handley. Op. Cit. 2009. p. 1.

CAPITULO II

COSA JUZGADA MATERIAL O SUSTANCIAL

*“No tenemos la última palabra
porque seamos infalibles, sino que
somos infalibles porque tenemos la
última palabra”*

Lord Justice Jackson

2.1 INTRODUCCIÓN

La cosa juzgada material⁴⁵³, también denominada sustancial por parte de la doctrina latinoamericana, se conceptualiza como el efecto (o cualidad de los efectos) de las sentencias a través del cual lo resuelto por el acto jurisdiccional de adjudicación adquiere el estado de inmutabilidad⁴⁵⁴, no pudiendo alterarse ni rediscutirse, ni aun en un proceso diverso, aquello que se ha resuelto.

En la doctrina chilena ROMERO la define destacando la invariabilidad del fallo al señalar:

“Es la certeza más absoluta que obtiene una decisión jurisdiccional, sea que haya acogido o rechazado la acción deducida en un juicio. Se trata de aquellos pronunciamientos judiciales sobre el fondo, que no pueden ser revisados en procesos posteriores. La cosa juzgada material es la decisión jurisdiccional inmutable e irrevisable en un juicio posterior”⁴⁵⁵

Por su parte la Corte Suprema de Chile la ha definido como:

“El efecto que se produce en aquellos juicios de lato conocimiento en el que las partes han podido discutir en el contradictorio ampliamente acerca del derecho controvertido y se traduce en la certeza absoluta que alcanza la decisión jurisdiccional, independientemente de si la acción deducida en juicio fue acogida o rechazada, ya que el pronunciamiento sobre el fondo no podrá ser revisado en procesos á posteriores”⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Sin perjuicio de su denominación como material, no significa que pueda sustentarse al día de hoy en las denominadas teorías materiales, ampliamente superadas. Véase *supra* 1.4

⁴⁵⁴ LIEBMAN, Enrico. Eficacia y autoridad Op. Cit. p. 23.

⁴⁵⁵ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 29.

⁴⁵⁶ *Sentencia Corte Suprema de fecha 29 de marzo de 2017, Rol 82-2012*. Considerando Sexto. Por su parte el Tribunal Supremo Español entiende por cosa juzgada material “La cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto” STS 93/2017, Febrero 15, 2017. Motivo Segundo. En el mismo sentido STS 607/2019, Diciembre 10, 2019 FJ Décimo.

Asimismo, ALSINA la entiende como el contenido de la sentencia, cuya característica es la inmutabilidad y la coercibilidad⁴⁵⁷, mientras que en España ORTELLS sostiene que la cosa juzgada (material) es la cualidad de inmutable que ostenta una sentencia “respecto de cualquier proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto”⁴⁵⁸.

Por su parte, DE LA OLIVA sostiene la vinculación entre cosa juzgada formal y material, señalando que la primera es presupuesto de la segunda⁴⁵⁹, y acto seguido conceptualiza ésta explicando que sería el “efecto propio de algunas resoluciones judiciales firmes consistente en una precisa y determinada fuerza vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales”⁴⁶⁰. Como señalaba GUASP, utilizando su terminología, la cosa juzgada material es la inatacabilidad indirecta o mediata de una resolución judicial⁴⁶¹.

En la literatura procesal española MONTERO expresa que por cosa juzgada material se entiende un efecto externo de la sentencia, cuyas consecuencias no impactan el proceso mismo en que se dicta, sino uno diverso⁴⁶². Asimismo, destaca que la expresión cosa juzgada (material) puede ser entendida en dos sentidos. En primer lugar, desde un punto de vista material por los particulares, cuando una cuestión ha sido ya decidida en juicio, habiendo quedado una determinada relación jurídica definida después del proceso, el efecto de la cosa juzgada se produce entre ellos, ya que los sujetos adecuaran sus actuaciones a aquello que ya se ha resuelto⁴⁶³. Por su parte, el segundo sentido es estrictamente procesal y atiende a que en un proceso posterior se ha de excluir otro enjuiciamiento sobre lo ya juzgado o tendrá que partirse, indefectiblemente, de lo ya juzgado⁴⁶⁴. No apunta a los particulares, sino a los órganos jurisdiccionales, y en nuestra

⁴⁵⁷ ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 125.

⁴⁵⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 564. El autor se refiere exclusivamente a “cosa juzgada” no a “cosa juzgada material” pues estima que no existe la cosa juzgada formal como concepto diferenciado de la firmeza de la sentencia.

⁴⁵⁹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ LOPEZ, Miguel. Op. Cit. p. 163. En el mismo sentido en Chile véase MATURANA MIQUEL, Cristian. Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 119.

⁴⁶⁰ Ibid. En el mismo sentido en Chile lo sostuvieron, desde antiguo, Alessandri y Somarriva, al señalar que la cosa juzgada material “*Constituye la última palabra de los órganos jurisdiccionales*”. ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Tratado de derecho civil, Partes preliminar y general, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2011. p.135.

⁴⁶¹ GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. 516.

⁴⁶² MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. pp. 490-491. En el mismo sentido Isabel Tapia sostiene que se trata de un efecto *ad extra*, para distinguir el efecto *ad intra* de la cosa juzgada formal. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 24.

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ Ibid. p. 492.

opinión al sistema de justicia en su totalidad, atendido los fundamentos públicos que sostienen la institución⁴⁶⁵.

De lo expresado por la doctrina citada es posible concluir que la cosa juzgada material se construye sobre el concepto de inmutabilidad, en relación a la revisabilidad de lo resuelto en un proceso posterior, cuando se ha dictado una sentencia como manifestación de la voluntad soberana de Estado⁴⁶⁶. Por inmutabilidad se debe entender la necesidad que deposita el ordenamiento jurídico en las definitividad de las resoluciones judiciales, traducida en la imposibilidad de cambios o rediscusiones sobre el mismo asunto, proyectando hacia el futuro de forma inalterable lo que se ha resuelto, protegiendo así a las partes, y a la propia jurisdicción⁴⁶⁷, del peligro que reviste la posibilidad de dictación de una sentencia contradictoria, rompiendo con la coherencia del sistema, la confianza de los justiciables en la función jurisdiccional, el uso de los recursos privados y públicos y la estabilidad que debe tender a producir una sentencia que ha fallado el fondo del asunto, garantizando así la seguridad y paz jurídicas⁴⁶⁸.

2.2 EFECTO NEGATIVO O EXCLUYENTE DE LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada material es tradicionalmente asociada a su efecto impeditivo o inhibitorio de la discusión del mismo asunto entre las mismas partes en un nuevo proceso⁴⁶⁹. A este efecto se le conoce en la doctrina como el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, por el cual se impide cualquier decisión judicial futura sobre la misma cuestión tanto objetiva como subjetivamente⁴⁷⁰, es decir, niega o excluye el segundo proceso o, cuando menos, una segunda sentencia sobre el fondo cuando ha de versar sobre el mismo objeto y entre los mismos sujetos⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Para un detalle de dichos fundamentos véase *supra* 1.3.1.

⁴⁶⁶ En tal sentido se señala que los actos jurisdiccionales son los únicos provistos de inmutabilidad, lo que los diferencia de otros actos estatales. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 564; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ LOPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 163. ATRIA LEMAITRE, Fernando. Op. Cit. p. 151. Para mayor detalle véase *supra* 1.3.

⁴⁶⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 564. Exactamente en el mismo sentido véase MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 495.

⁴⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ LOPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 163. ATRIA LEMAITRE, Fernando. La Forma del...Op. Cit. p. 151. Para mayor detalle véase *supra* 1.3.

⁴⁶⁹ Guasp se refiere a este como a la “antigua y mera función negativa”. GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. 516. Por su parte ROMERO señala que es “la consecuencia jurídica que de forma natural se atribuye a esta institución”. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada... Op. Cit. p. 49.

⁴⁷⁰ ORTELLS LOPEZ, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 566.

⁴⁷¹ Teniendo presente que el nuevo proceso, en sí mismo, no puede evitarse, sin perjuicio de los mecanismos que se provean para dar pronta conclusión en caso de que existe cosa juzgada DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del proceso. Op. Cit. p. 108.

Sin embargo, como bien señala la doctrina⁴⁷², no se trata, en realidad, de un efecto que en sí mismo ostente la potestad inhibitoria de cara al inicio de nuevos procesos, toda vez que no existe, ni epistémica ni jurídicamente, la posibilidad de impedir *ex ante* del conocimiento del asunto que el proceso⁴⁷³, en sí mismo, se abra y se origine formalmente como litigio entre las partes⁴⁷⁴. Lo que ocurre, en realidad, es que el proceso dota a las partes y al tribunal de las herramientas para hacer valer en ese segundo pleito la existencia de una sentencia anterior revestida del efecto de cosa juzgada, que en caso de ser constatada por el sentenciador le inhibirá de pronunciarse nuevamente sobre el fondo del asunto⁴⁷⁵, por estar ésta ya decidido⁴⁷⁶.

Este efecto negativo de la cosa juzgada puede ser considerado como una sanción establecida por el legislador a aquel litigante que no ha hecho cabal uso de su derecho en el primer proceso⁴⁷⁷. Lo anterior, en vista a que no es posible iniciar un nuevo procedimiento -obtener una nueva sentencia- ejerciendo una pretensión idéntica entre los mismos sujetos bajo el pretexto de la invocación de nuevos y mejores argumentos, disposiciones legales más adecuadas ni nuevos enunciados fácticos que permitirían tener

⁴⁷² MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 495. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del proceso. Op. Cit. p. 108.

⁴⁷³ Efectivamente no es posible a nivel epistémico pretender que el sistema, en este caso el tribunal, tenga conocimiento de todas y cada una de las decisiones que se han tomado, atendido su objeto y partes, al momento del primer acto de postulación de la parte demandante, para de esta forma impedir siquiera el inicio del proceso. Desde un punto de vista jurídico la determinación de la infracción de los límites de la cosa juzgada puede ser de difícil determinación, requiriendo su examen por parte del tribunal una vez iniciado el proceso. Asimismo, dados los principios dispositivos e impulso procesal de parte que constituyen la regla general del proceso civil, será habitual que quien resulte beneficiario del efecto negativo de la cosa juzgada sea quien deba hacerlo valer en la oportunidad procesal correspondiente. En cuanto al principio dispositivo y la cosa juzgada véase TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 24.

⁴⁷⁴ MONTERO AROCA, Juan *et al.* ... Op. Cit. p. 495. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del proceso. Op. Cit. p. 108.

⁴⁷⁵ En los procedimientos civiles actuales es perfectamente posible implementar un sistema de automatización en el procesamiento de la información, por el cual un algoritmo de inteligencia artificial utiliza los datos de las partes, sus abogados y el objeto de la contienda (asociado a un código) para realizar un ejercicio de búsqueda y comparación entre todas las causas que estén asociadas a los mismos sujetos, de esa forma el proceso de identificación de causas similares y potencialmente idénticas puede realizarse en forma automática. En el caso chileno desde el 18 de diciembre de 2016 (con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.886 Sobre Tramitación Electrónica) toda la tramitación de causas civiles se realiza de forma electrónica, en el que todos los documentos incluida la demanda, la contestación, las pruebas y la sentencia se realiza en forma digital mediante la Oficina Judicial Virtual, plataforma automatizada que permite realizar labores como la antes comentada. Para volver sobre este punto véase *infra* Parte Cuarta 2.3. Para una explicación del funcionamiento de mecanismos digitales en el proceso civil en Chile véase el trabajo de LARROUCAU TORRES, Jorge. Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. N°33. pp. 195-234.

⁴⁷⁶ Como señala Montero Aroca, dependerá de los mecanismos de cada ordenamiento procesal, e incluso dentro de cada sistema de cada tipo procedimiento, las formas en que se materialice la imposibilidad de dictar una nueva sentencia y la forma de terminar el proceso. Para mayor detalle véase el apartado siguiente 2.4. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 496.

⁴⁷⁷ ROMERO SEGUER, Alejandro. La Cosa Juzgada... Op. Cit. p. 51.

por probados los fundamentos de dicha pretensión⁴⁷⁸. Se trata, entonces, de no permitir dobles oportunidades por falta de diligencia en el ejercicio de la acción, es decir, por no agotar completamente el trabajo de fundamentación y búsqueda de antecedentes que sirvan de asiento para las pretensiones hechas valer en el proceso⁴⁷⁹. Así, en el segundo intento, aun con mejores antecedentes, no se permitirá a dicha parte mejorar su resultado inicial contenido en la primera sentencia⁴⁸⁰.

2.2.1 LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

En el estudio teórico de la cosa juzgada suele aparecer de forma reiterada en la doctrina la construcción conceptual de la denominada “triple identidad” entre dos procesos, que trata de configurar una idea de coincidencia desde el punto de vista objetivo, incluyendo objeto (*eadem res*) y causa de pedir (*eadem causa petendi*), y subjetivo, relativo a las partes intervinientes (*eadem personae*)⁴⁸¹. En este sentido, para fines de la presente investigación nos ha parecido más adecuado el tratamiento de los denominados límites de la cosa juzgada como parte del epígrafe relativo al efecto negativo o excluyente, toda vez que es con ocasión de este efecto es que se ha teorizado respecto al alcance de la mencionada triple identidad⁴⁸².

Como señala COUTURE, los límites de la cosa juzgada están constituidos por dos preguntas, o mejor dicho por sus respectivas respuestas, derivadas de la premisa de que la cosa juzgada tiene como atributo la irreversibilidad y la inmutabilidad⁴⁸³. Se trata de la búsqueda de respuestas ante las interrogantes “¿Quiénes no pueden pedir la revisión de la sentencia?” y “¿Qué parte de la sentencia es la que no puede mudar?”⁴⁸⁴. Asimismo,

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ Para mayor detalle véase *supra* Parte Primera 1.3.

⁴⁸⁰ En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile ha sentenciado “*Dos demandas deben ser consideradas como fundadas en una misma causa, aun cuando en apoyo de la segunda se presente un medio nuevo sacado de una disposición legal que por negligencia no se invocó en la primera, o cuando se ofrezca prueba sobre hechos que antes no se propusieron. Es evidente que no se puede recomenzar un proceso con el simple pretexto de medios nuevos, ya de hecho, ya de derecho.*” Sentencia Corte Suprema de fecha 7 de agosto de 1961. RDJ, t. 58, sec. 1^a, p. 273. Véase en ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 52.

⁴⁸¹ GUASP DELGADO, Jaime. Op. cit. p. 520. En Argentina véase ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 135. En México véase BECERRA BAUTISTA, José. Op. Cit. p. 215. En Chile véase ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 54.

⁴⁸² Para un mejor entendimiento del origen de la triple identidad como construcción de la escuela francesa iusprivatista en el contexto de las teorías materiales véase *supra*. 1.4.1.

⁴⁸³ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 413.

⁴⁸⁴ Ibid.

supone el ejercicio de un examen de comparación entre dos procesos en que se mire a la pretensión y a sus elementos identificadores, las partes, el *petitum* y la causa *pidendi*⁴⁸⁵.

Esta construcción, asociada históricamente a idea de triple identidad de la doctrina del Código Civil Napoleónico⁴⁸⁶, ha tenido reconocimiento legislativo en prácticamente todas las jurisdicciones pertenecientes al derecho continental⁴⁸⁷⁴⁸⁸. Con todo, no debe entenderse que esta división tripartita de los límites de la cosa juzgada haya sido admitida de forma absoluta por parte de la dogmática procesal, presentándose objeciones a la misma⁴⁸⁹. En tal sentido NIEVA sostiene que se trata de una idea de “absolutamente simplista formulación” que engendra graves problemas derivados de su construcción y buena salud en la legislación y la jurisprudencia⁴⁹⁰, especialmente referidos a cuál es el real alcance de objeto y causa pedidas, si realmente alcanza solo a las partes (eficacia *inter partes*)⁴⁹¹, y finalmente, si realmente es necesaria la verificación de esta triple identidad, y cuando se estaría frente a ella. En lo particular, esta última interrogante, muchas veces inadvertida, supone un desafío muchas veces mayúsculo⁴⁹², toda vez que la correcta identificación de la existencia de la triple coincidencia puede suscitar muchas más dificultades de lo que preliminarmente se cree⁴⁹³. En ese sentido, incluso, NIEVA llega a sostener su escepticismo al señalar que difícilmente se dé, en la realidad práctica de dos procesos, una identidad como la que se está comentado, sino que, en la mayoría de los casos, cuando mucho existirá una similitud entre juicios por contener algún pronunciamiento común⁴⁹⁴.

⁴⁸⁵ MONTERO AROCA, Juan et al. Op. Cit. p. 497. En el mismo sentido GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 520.

⁴⁸⁶ El Código Civil Frances de 1804 consagra en su artículo 1351: “*La autoridad de la cosa juzgada tan solo se dará en relación con aquello que constituya el objeto de la sentencia. Será necesario que la cosa solicitada sea la misma; que la demanda se fundamente en la misma causa; y que la demanda sea entre las mismas partes y hubiese sido presentada por unas contra otras en la misma calidad*”. Couture señala que esta norma supone una de las piedras angulares de la idea de cosa juzgada en el derecho continental, gozando de un considerable prestigio. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 414.

⁴⁸⁷ Siendo expresa en el art. 222 de la LEC 2000 española, en sus numerales 1 y 3, el artículo 177 del CPC chileno, y el art. Del 2909 del Código Civil Italiano (en relación al art. 324 del CPC).

⁴⁸⁸ Véase. NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin. Op. Cit. p. 44.

⁴⁸⁹ Véase, por ejemplo, la crítica a la doctrina de la triple identidad, en tanto incompleta, formulada por Guasp. GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 521.

⁴⁹⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. La Cosa Juzgada: el fin. Op Cit. p. 44.

⁴⁹¹ Estos cuestionamientos planteados serán tratados en los apartados respectivos a límites objetivos y subjetivos. Véase *infra* 2.3.1.3.1

⁴⁹² En tal sentido se pronuncia Couture. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. cit. p. 415.

⁴⁹³ ROMERO SEGUER, Alejandro. La Cosa Juzgada... Op. Cit. p. 55.

⁴⁹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. La Cosa Juzgada: el fin. Op Cit. p. 45.

Con todo, creemos que la teoría de las tres identidades puede ser utilizada, con matices, en este trabajo, tanto en atención a su utilidad metodológica, por su rol como “valioso auxiliar para guiarse” en esta rama del derecho procesal⁴⁹⁵, así como por el reconocimiento que de ella se hace tanto a nivel legislativo como a nivel de fuentes bibliográficas que han seguido dicho esquema. Por lo anterior, en lo sucesivo, se tratarán los límites de la cosa juzgada como objetivos y subjetivos⁴⁹⁶, sin perjuicio de expresar las correspondientes críticas que de esta investigación han surgido a esta clásica construcción categorial.

2.2.1.1 LÍMITES OBJETIVOS

El estudio de los límites objetivos de la cosa juzgada supone examinar la composición del objeto del proceso, es decir se centra en “lo que se ha juzgado”⁴⁹⁷. Como señala ROMERO, es, en términos simples, delimitar que debe ser comprendido dentro de aquello decidido en la sentencia, a lo que se le atribuirá el efecto de cosa juzgada⁴⁹⁸. Hablar de los límites objetivos, entonces, supone descomponer el objeto del proceso en objeto pedido o *petitium* y causa de pedir o causa *petendi*, lo que parte de la doctrina española considera el objeto del proceso en sentido estricto⁴⁹⁹.

El objeto del proceso ha sido definido en función del concepto de pretensión, entendiendo que se trata de una petición fundada que ejerce por un sujeto ante la jurisdicción, “frente a otra persona, sobre un bien de la vida”⁵⁰⁰. Esta conceptualización de pretensión, habitual

⁴⁹⁵ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 415.

⁴⁹⁶ En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena aun en data muy reciente ha sostenido que: “Cuarto: *Que, de lo normado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, se desprende que la cosa juzgada requiere de la existencia de un fallo anterior firme y, en seguida, que en ambos pleitos haya sido igual la cosa demandada, fundada en la misma causa y, también, que la demanda impetrada vincule, legalmente, a unas mismas personas. Esta Corte ha sostenido que: “Hay cosa juzgada cuando confrontando la acción deducida en ambos pleitos, su objeto y fundamento, resulta que es la misma situación jurídica que se pretende someter nuevamente a la decisión judicial, sin que desaparezca esta igualdad de situación por no ser unas mismas las expresiones con que el demandante sustenta su derecho, si sustancialmente tienen el mismo alcance.” (R.D.J., T. 9, secc. 1ª, pág. 437).” Sentencia Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2020, Rol 240-2018. En el mismo sentido Sentencia Corte Suprema de fecha 19 de marzo de 2019, Rol 11660-2017. Considerando Tercero.*

⁴⁹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 180.

⁴⁹⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p 65..

⁴⁹⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 566.

⁵⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 497. En el mismo sentido GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 148.

en la doctrina española⁵⁰¹, puede traducirse en la intención de un sujeto de subordinar el interés jurídicamente relevante de otro sujeto al propio, mediante el ejercicio de su legítimo derecho a solicitar la tutela jurídica de dichos intereses⁵⁰², en términos pragmáticos es pedir a otro algo, debiendo ese algo tener relevancia para el derecho⁵⁰³. Se comprenden, dentro del concepto de pretensión, no solo las que introduzca el demandante por la vía principal, sino también las que pueda haber hecho valer el demandado en su reconvención⁵⁰⁴.

Dentro del concepto de pretensión se engloban tanto la cosa pedida propiamente tal como los fundamentos en el que se origina, la razón de la pretensión deducida⁵⁰⁵, es decir, la causa de pedir.

a) El objeto pedido

En la doctrina chilena se construye la noción de objeto pedido como reacción a lo dispuesto en el citado artículo 177 del CPC, en el que se denomina “cosa pedida” a uno de los elementos que debe compararse entre dos procesos para constatar la existencia de la triple identidad; esto pues existe acuerdo en que la locución usada por la ley no hace referencia a la materialidad misma de la cosa que se reclama, sino a lo que se ha definido

⁵⁰¹ En ese sentido el concepto de “un bien de la vida” aparece en todas las fuentes que constituyen referencia obligada en el derecho procesal civil español por influencia de su formulación original en Chiovenda. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. Cit. p. 447. Véase, por ejemplo. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 497. En el mismo sentido GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 520.

⁵⁰² En el mismo sentido Couture sostiene que la pretensión es la: “autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 72. En Chile Hunter sostiene que la pretensión puede entenderse como aquello que se genera “cuando el ciudadano pretende un efecto jurídico afirma la existencia de unos hechos que integran el presupuesto de la norma que fundamenta y hace posible este efecto” HUNTER AMPUERO, Iván. El poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento. Ius et Praxis. Vol. 15. N°. 2. 2009. p. 118.

⁵⁰³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. Revista de Derecho Privado. Vol. 32. 2017. p. 430.

⁵⁰⁴ ORTELLS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 570. Véase también TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 64. PRIETO-CASTRO, Leonardo. Op. Cit. p. 427.

⁵⁰⁵ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 432.

como “el beneficio jurídico inmediato que se reclama, o al que se pretende tener derecho”⁵⁰⁶, en la utilidad o ventaja que se busca se declara en favor de la parte⁵⁰⁷.

Con todo, TAPIA ha planteado, con acierto, que el *petitum*, en realidad se compone de dos identidades diversas, en atención a que, en realidad, la pretensión se dirige contra dos sujetos, la contraparte y el juez⁵⁰⁸. Así, existirá la vía inmediata, dirigida al sentenciador, consistente en la petición de tutela respecto de un determinado interés (la que puede ser declarativa, ejecutiva o cautelar). Por su parte, la vía mediata será aquel interés específico cuya tutela se requiere, lo que se pide respecto del demandado, el que realice algo o se abstenga de hacerlo⁵⁰⁹, la entrega de una cosa, etc., ya que la tutela solicitada no se satisface en el vacío, requiere necesariamente atender a un bien⁵¹⁰. Como se trata de elementos copulativos en la construcción de la idea de objeto, si varía alguno de ellos, variará el *petitum*⁵¹¹.

Como se trata de un concepto abstracto, que se independiza de la corporalidad de lo pedido, el examen que debe realizarse respecto a la identidad de objeto entre dos procesos se debe hacer respecto de los bienes jurídicos cuya protección se solicita al juez⁵¹², lo que por regla general no generará mayores inconvenientes, en tanto esos bienes jurídicos hayan quedado indubitadamente establecidos cualitativa y cuantitativamente en la

⁵⁰⁶ MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 89. En ese sentido véase *Sentencia Corte Suprema de Chile de fecha 8 de abril de 2020, Rol 785-2018*. Considerando Primero: “se configura la triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, pues, en ambos, tanto el demandante como la demandada son las mismas personas, el beneficio jurídico y la causa de pedir son las mismas, por lo que, al desestimar la referida excepción, la judicatura incurrió en la causal de nulidad formal referida, que ha influido en lo dispositivo del fallo”. En el mismo sentido *Sentencia Corte Suprema en 2007, Rol 1263-2000* Considerando Quinto “Que de los tres requisitos enunciados en el acápite que antecede, el legislador solo ha concedido interpretación auténtica o de autoridad a la tercera circunstancia, esto es, a 3°. Identidad de la causa de pedir, a cuyos efectos, en hermenéutica contextual, consigna a la letra, como se lee en el inciso final del artículo 177 del Código de Procedimiento antes referido que se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

Así, la inteligencia del concepto identidad de la cosa pedida ha de buscarse con el necesario y fundamental apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia procesal, a cuyos efectos resulta aceptable concluir que, la cosa pedida es el beneficio jurídico inmediato que se reclama y al cual se pretende tener derecho.

Es por lo anterior que la identidad a que se refiere el N° 2 del artículo 177 citado ha de situarse en el beneficio jurídico y no en la materialidad de las prestaciones, sin que pueda concluirse que dichos conceptos sean iguales o similares en substancia y accidente”.

⁵⁰⁷ ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 147.

⁵⁰⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 20.

⁵⁰⁹ Esta idea se presenta, de forma similar, en las concepciones de “petición” y “afirmación de un derecho” que Schwab denota en la doctrina alemana sobre el objeto del proceso. Véase. SCHWAB, Karl. El Objeto Litigioso en el Proceso Civil. Traducción de Thomas Banzhaf. EJE. Buenos Aires. 1968. pp. 245-247.

⁵¹⁰ MONTERO AROCA, Juan *et al.* ... Op. Cit. p. 152.

⁵¹¹ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 20.

⁵¹² TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La cosa juzgada. Op. Cit. p. 64.

sentencia primigenia y puedan compararse con los contenidos en el *petitum* de la pretensión en el segundo proceso⁵¹³.

Para ello, se plantea por MATORANA, un examen de dos tiempos, el primero consiste en la correcta determinación del objeto del proceso en cada uno de los juicios objeto de la comparación, así teniendo presente la pretensión que se ha dirigido al tribunal se podrá establecer en que consiste lo solicitado en cada uno de los juicios⁵¹⁴. Luego, una vez determinado el objeto de cada pleito, deberá procederse al segundo paso, cual es la comparación de dichos objetos entre sí para verificar si existe entre ellos, o no, identidad⁵¹⁵. Para la realización de dicha tarea se propone un test fundado en la pregunta: “al estatuir sobre el objeto de la demanda ¿se expone el juez a contradecir una sentencia anterior, declarando un derecho ya negado o negando un derecho establecido en la precedente decisión?”. Si la respuesta es afirmativa, se dice, se estará ante un caso de identidad de objeto, si es negativa, podrá entonces procederse a un nuevo juzgamiento, toda vez que no habrá vulneración del límite objetivo⁵¹⁶.

No obstante lo antedicho, es posible sostener algunas dificultades en la constatación de la identidad de objeto en ciertos casos complejos, los que sin ser la regla general, generan discusión tanto en la literatura como en la jurisprudencia.

En primer lugar, se plantea la dificultad referida a la existencia entre el todo y la parte, es decir, cuando en un primer proceso se ha resuelto sobre la totalidad de una cosa y en el segundo la pretensión contiene una parte de aquella, o viceversa. A este respecto MATORANA ha señalado que no puede darse una solución unívoca para todos los casos⁵¹⁷. Así, se deberá entender, en general, que cuando se fallado respecto del todo, se entiende

⁵¹³ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 497.

⁵¹⁴ MATORANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 91.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ En ese sentido Lira señalaba durante el siglo XIX que para resolver sobre la identidad del objeto “es preciso comparar la proposición establecida en la sentencia con la que expresa la pretensión que el demandante actual deduce: si esta proposición no contradice la primera, si puede coexistir con ella, la cuestión propuesta no está decidida y la excepción de cosa juzgada es, por consiguiente, inaplicable; si por el contrario, la segunda proposición choca con la primera, si hay incompatibilidad entre ellas, la cuestión nuevamente propuesta estará decidida y es admisible la excepción” LIRA, José. *Prontuario de los juicios o tratados de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*. T. I. Librería Central Mariano Servat. Santiago. 1895.

⁵¹⁷ MATORANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 92.

que el efecto de cosa juzgada cubre a todas las partes de dicho objeto, haciendo imposible su relitigación⁵¹⁸.

A su turno, cuando se ha fallado respecto de una parte y se pretende litigar en un nuevo proceso sobre el todo no siempre podrá aplicarse la máxima inversa⁵¹⁹, sino que parece razonable sostener que, si el objeto es una cuestión abstracta y no la corporalidad misma de la cosa pedida, deberá estarse a las circunstancias particulares del caso. Así, CHIOVENDA señala que debe examinarse si la cosa pedida, si bien representa la parte de un todo mayor, puede tener existencia material y jurídica autónoma⁵²⁰, en cuyo caso la negación del bien mayor, o del menor en su caso, no significará la negación del otro mayor, o menor según el caso⁵²¹.

De forma similar ocurre cuando existen lo que TAPIA denomina relaciones jurídicas complejas que se ejercen fraccionadamente⁵²², como serían los cobros parciales de rentas de un arrendamiento. En tal sentido, coincide con la doctrina ya referida en que, si se ha juzgado el todo, la posterior reclamación de una parte se verá afectada por el efecto excluyente de la cosa juzgada⁵²³. Ahora, en el caso de que en el primer proceso solo se haya hecho ejercicio de una pretensión en parte, y el pronunciamiento del tribunal solo haya sido parcial, habrá que distinguir si lo resuelto tuvo como fundamento un cuestionamiento del antecedente lógico que fue necesario para dicha sentencia parcial⁵²⁴. Así, expresa esta autora que si lo que se ha demandado es una parte de las rentas de arrendamiento, se requerirá un pronunciamiento indispensable sobre la existencia del contrato de arrendamiento que le sirve de fuente a dicha renta, el que puede o no haber sido disputado por parte del demandado. Si no hubiere existido controversia sobre la validez de la totalidad de la relación jurídica el pronunciamiento sobre la renta solo

⁵¹⁸ Esta conclusión se sustentaría a juicio de este autor en la representación romana plasmada en el digesto bajo la máxima latina "*pars in totum est*". Que señala que la parte se debe entender contenida en el todo. MATURANA MIQUEL, Cristián. Op. Cit. p. 92. Véase también ABITIA ARZAPALO, José. Op. Cit. p. 199.

⁵¹⁹ *Totum in parte non est*

⁵²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho. Tomo I, Vol. 2. Op. Cit. p. 354.

⁵²¹ Ibid. p. 355. Como ejemplo puede pensarse en la cuota ideal y abstracta que existe en los casos de comunidad (copropiedad) en el que en un primer proceso se pretende la tradición de la cuota ideal sobre la cosa, como una cosa en sí misma independiente de la cosa común, y en el segundo proceso se pretende lograr la tradición de la cosa completa.

⁵²² TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 186.

⁵²³ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho. Tomo I. Vol. 2. Op. Cit. p. 355.

⁵²⁴ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 186.

tendría un alcance respecto de sí mismo en cuanto al objeto, no quedando afecto al efecto excluyente de la cosa juzgada⁵²⁵. Por otro lado, si el demandado hubiera contravenido la existencia o validez de la relación jurídica se configuraría una cuestión de prejudicialidad lógica o interna, que supone un antecedente indefectible para poder pronunciar sentencia sobre la petición parcial, de manera tal que si en el nuevo proceso se pretende litigar sobre la cuestión total, deberá examinarse si con ocasión del proceso sobre la pretensión parcial no ha existido ya un pronunciamiento sobre el mismo asunto, el que estará cubierto por el efecto de cosa juzgada⁵²⁶.

Otro supuesto complejo respecto al objeto pedido se planta en relación con el concurso impropio de acciones, también llamado concurso alternativo⁵²⁷, suscitado en el ejercicio de pretensiones incompatibles entre sí que han sido introducidas al proceso de forma alternativa o subsidiaria⁵²⁸. Como señala TAPIA, aquí se verifica un caso en que existen dos elementos de la triple identidad, sujetos y causa de pedir, pero lo que se solicita al tribunal es distinto⁵²⁹. En estos casos, si en vez de ejercerse todas las acciones en un mismo proceso el demandante dividiera sus pretensiones y en el primer juicio resulta vencido, por ejemplo, solicitando el cumplimiento forzado de un contrato de compraventa, los efectos de esa sentencia no impedirán, en virtud del efecto excluyente de la cosa juzgada, que inicie un nuevo proceso con miras a la satisfacción de un interés diverso, fundado en otra acción, por ejemplo la resolución del contrato cuyo cumplimiento se demandó originalmente⁵³⁰.

b) La causa de pedir

El segundo elemento objetivo que conforma el objeto del proceso, y que debe ser parte del ejercicio de comparación entre dos juicios es la denominada causa de pedir. En el derecho chileno esta hebra de la triple identidad es la única que sido objeto de definición expresa por parte del legislador, quien en el art. 177 N°3 CPC, con ocasión de la

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ Para otros autores este fenómeno acumulativo se denomina “Concurrencia de acciones”. PRIETO-CASTRO, Leonardo. Op. Cit. p. 798.

⁵²⁸ Para una lectura especializada en acumulación de acciones, especialmente eventual y alternativa véase GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. La Acumulación de Acciones y Procesos en el Proceso Civil. La Ley. Madrid. 2000. pp. 18-20. Véase también para un estudio comprehensivo PRIETO-CASTRO, Leonardo. Op. Cit. p. 467.

⁵²⁹ Ibid. 187

⁵³⁰ Ibid.

excepción de cosa juzgada ha señalado que: “*se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio*”. Esta locución, sin duda, corresponde a la influencia histórica de la doctrina francesa sustantiva imperante al momento de dictación del CPC⁵³¹, de forma tal que es posible identificar elementos comunes con la definición dada por PLANIOL, quien enseñaba que la causa de pedir era “el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho que se reclama o a la excepción que se opone”⁵³². Esta idea de *causa petendi* fue la sostenida a nivel jurisprudencial durante gran parte del siglo XX⁵³³, y aún subsisten algunos fallos de data relativamente reciente que siguen en la misma línea⁵³⁴. Del mismo modo, no es extraño encontrar en la doctrina chilena una excesiva identificación del derecho material con el concepto de causa de pedir, asociándola derechamente al derecho subjetivo que se invoca, y a las razones o motivos jurídicos que sirven de fundamento a la demanda.⁵³⁵

Sin embargo, se han formulado planteamientos modernos, que miran al desarrollo de la doctrina comparada que permiten dar una noción moderna y de raigambre procesal, menos sustantiva, a la causa de pedir, pudiendo encontrar conceptualizaciones más

⁵³¹ Véase *supra* Parte Primera 1.4.1

⁵³² PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit civil*, revisado y completado por GEORGES RIPERT, con el concurso de JEAN BOULANGER. Tomo. II. 4^oed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris.1949. p. 23.

⁵³³ Véase por ejemplo *Sentencia Corte Suprema de fecha 8 de octubre de 1964*, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 61, sec. 1^o, p. 304.

⁵³⁴ Así, la Primera Sala Civil de la Corte Suprema señaló en 2011: “*De lo precedente ha de entenderse que la causa de pedir encarna el fundamento del objeto o beneficio jurídico pedido y, con ello, se separa de los motivos y sus diversas particularidades que sirven a los argumentos que fundan la demanda*”. *Sentencia Corte Suprema de fecha 12 de septiembre de 2011, Rol 4713-09*. Considerando Vigésimo Primero. En el mismo sentido, la misma Sala Civil en 2014 “*En este entendido, no cabe duda que en ambas acciones la causa de pedir es el dominio. Así, en la pretensión reivindicatoria se reclamó el derecho de dominio sobre la parcela en disputa, circunstancia que se acreditó por la parte que obtuvo en el primer juicio, la demandante en ese procedimiento, actual demandada en el presente. En el actual proceso, lo que se pide, en definitiva, es que se declare que la demandante adquirió por prescripción adquisitiva el dominio del inmueble de una cabida determinada. Luego, la causa de pedir se radica en el derecho de dominio, el que se discutió en ambos juicios. De este modo, en ambos procesos ha quedado precisado que concuerda la causa de pedir, lo que además se corrobora con el aserto doctrinal que para resolver el punto ha señalado que “hay identidad de causa de pedir si las causas de ambos pleitos se identifican de tal modo que para acoger la acción deducida en el juicio sería indispensable aceptar la tesis jurídica que se desconoció en el fallo anterior”, esto es que el actual actor es poseedor y en consecuencia dueño del predio, no obstante que en el anterior pleito ninguna de estas circunstancias fue atendida, por el contrario, le fueron reconocidas a la contraparte.” *Sentencia Corte Suprema de fecha 2 de julio de 2014, Rol 5830-2013*.*

⁵³⁵ Así, por ejemplo, TAVOLARI señala que cuando se ejerce una acción de precario contra quien detenta materialmente un inmueble por ignorancia o mera tolerancia de su dueño la causa de pedir no es otra que el dominio (entendido como el derecho real de dominio). TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Director). *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010. p. 815. Asimismo, es posible encontrar latas discusiones que relacionan la causa de pedir con problemáticas asociadas a instituciones civiles como la nulidad de un acto o negocio jurídico. Véase. STOEHLER MAES, Alberto. *Op. Cit.* p. 135. Muestra palmaria de la idea de que la cosa juzgada tiene una naturaleza propia del derecho civil, tal como lo constatan los códigos de diversos países de Europa continental coetáneos con la dictación de los códigos sustantivos y procesales en Chile y el resto de Latinoamérica. Véase *supra* 1.4.1

contemporáneas, como FIGUEROA Y MORGADO, que entienden que hoy se debería hablar de causa de pedir como la “situación jurídica” que invoca el demandante como antecedente de su petición⁵³⁶.

En un sentido similar puede tomarse como guía lo discutido en la doctrina española. Así, TAPIA sostiene que la causa de pedir se define como “aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir la tutela jurídica solicitada”⁵³⁷, sin embargo, añade la misma autora, tanto a la literatura como a la jurisprudencia, le ha costado delimitar el contorno de lo que debe entenderse por “situación de hecho jurídicamente relevante”⁵³⁸, señalando que existen quienes atribuyen a la causa de pedir una composición exclusivamente fáctica, fundada en los antecedentes de hecho, circunstancias y el relato histórico sobre el que se funda la petición; mientras que existen otros que entienden que la *causa petendi* comprende un elemento fáctico, por supuesto, pero igualmente uno normativo⁵³⁹. La discusión respecto a la naturaleza *questio factio* o *questio iure* de la causa de pedir ha permeado también en la literatura chilena, no obstante no haber discurrido de forma tan lata al respecto⁵⁴⁰.

En tal sentido MONTERO y ORTELLS, entre otros, coinciden en que la causa de pedir está formada por hechos de trascendencia jurídica, lo que significa que constituyen el supuesto de aplicación de una norma jurídica que les atribuye consecuencias⁵⁴¹. Asimismo, sostienen, las calificaciones jurídicas o la fundamentación o las normas invocadas no constituyen la causa de pedir, en circunstancias que por sí mismas no permiten la identificación de un proceso respecto de otro⁵⁴². Sin embargo, agrega esta autorizada

⁵³⁶ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTIN, Erika. Óp. Cit. p. 216.

⁵³⁷ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 22.

⁵³⁸ *Ibíd*

⁵³⁹ *Ibíd*. Esta discusión ha enfrentado desde antiguo a quienes dan preeminencia al componente normativo, escuela de la individualización, con quienes dan preferencia en la configuración de la causa de pedir al íter fáctico, denominada teoría de la sustanciación, la que puede examinarse in extenso en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del proceso. Op. Cit. p. 52-59. Asimismo, un buen resumen puede encontrarse en: ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Análisis Comparado de la Cosa Juzgada en Derecho Inglés. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 10. N° 1. p.501. Véase también: CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Op. Cit. p. 266. Con todo, Tapia señala que “el enconado antagonismo entre ambas teorías está siendo superado, debido a su inutilidad y errónea formulación”. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 22.

⁵⁴⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada... Op. Cit. p. 69. “El nudo gordiano en esta materia surge por el completo desacuerdo que existe, desde hace más de un siglo, para definir los elementos que configuran este componente de la acción: si sólo un conjunto de hechos; o si junto a los hechos debe además considerarse el elemento jurídico fundante de la acción”

⁵⁴¹ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. pp. 153-154. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 255.

⁵⁴² *Ibíd*.

literatura, debe tenerse presente que no todos los hechos jurídicamente relevantes, *per se*, constituyen la causa de pedir, sino solo algunos de ellos. Al respecto, existirán hechos constitutivos de la pretensión, siendo aquellos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se solicita al tribunal; y dentro de estos hechos constitutivos existe una especie de hechos, los hechos identificativos, que sirven para, dentro de los supuestos de constitución de la pretensión, diferenciar una pretensión específica de otra que pudiere fundarse en los mismos hechos constitutivos⁵⁴³, desarrollando una función delimitadora e individualizadora entre el conjunto de hechos constitutivos y cuales, verdaderamente configuran la pretensión⁵⁴⁴.

Es decir, dentro del conjunto de hechos relevantes para la configuración de la pretensión -hechos constitutivos- solo algunos de esos hechos sirven para construir la causa de pedir -hechos identificativos-. A modo ejemplar se puede señalar la siguiente situación:

A demanda a B el pago del saldo precio insoluto de un contrato de compraventa de un bien inmueble, el que debía haber efectuado en la fecha X, la que ha transcurrido largamente sin que la obligación se haya solucionado. En este caso se verifican todos los supuestos que permiten identificar una causa de pedir: un contrato de compraventa entre A y B, una cosa comprada, un precio pactado y la falta de pago de dicho precio. Estos son hechos identificativos.

Ahora bien, si esta compraventa no se ha realizado mediante la suscripción de una escritura pública ante el competente notario, falta un hecho constitutivo de la pretensión, que impedirá que esta sea estimada por parte del tribunal, afectando el éxito de la tutela requerida. Sin embargo, la existencia, o no, de la escritura pública señalada, no afecta la posibilidad de identificar la causa de pedir⁵⁴⁵. He ahí la relación género a especie entre hechos constitutivos e identificativos.

En el caso de un derecho real, el hecho identificativo relevante es la invocación de la titularidad de dicho derecho real, mas no la forma correcta, o no, por la que dicho derecho real se habría adquirido. Quien siendo A demanda de B la entrega de una cosa X en calidad de usufructuario, ha identificado la causa de pedir mediante esos hechos identificativos, si, finalmente, el usufructo estuviere mal constituido, o la cosa misma no

⁵⁴³ MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. pp. 156-159.

⁵⁴⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 255.

⁵⁴⁵ Ibid.

fuere susceptible del derecho real de usufructo, será relevante, en tanto hecho constitutivo, para el éxito de su pretensión, más no para la correcta identificación de la causa petendi⁵⁴⁶.

En contra de esta idea, aparece lo sostenida por TAPIA, quien tomando el estado actual de la discusión en España y otras jurisdicciones continentales, sostiene que la causa de pedir esta, inevitablemente, formada por dos elementos, unos jurídicos y otros fácticos⁵⁴⁷. Dentro del componente jurídico, señala es posible encontrar dos subelementos, el primero la calificación jurídica, razonamiento jurídico o fundamentación jurídica, un conjunto de consecuencias jurídicas que la ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que identifica específicamente la tutela jurídica solicitada, el paso “del hecho al derecho” a través de la traducción en conceptos jurídicos de los hechos concretos alegados⁵⁴⁸.

El segundo subelemento jurídico está compuesto por las normas concretas aplicables, delimitado por las partes y que se somete a consideración del juez⁵⁴⁹. En ese mismo sentido se expresa CORTÉS, quien sostiene que la causa de pedir no puede aislarse solo a un componente fáctico, al señalar “la causa petendi de la pretensión o la fundamentación de la demanda, en razón de lo que en ella se pide, pasa necesariamente por la exposición de unos fundamentos que son jurídicos, y consecuentemente, fácticos en el sentido amplio”⁵⁵⁰

En la doctrina chilena la configuración de la causa de pedir también tiene dos vertientes. Por un lado, hay quienes plantean que se encuentra integrada exclusivamente por la composición fáctica en la que se funda la petición sometida a fallo del tribunal. En tal sentido PIZARRO y DE LA MAZA sostienen que la causa de pedir se entiende como “El por qué se pide algo. No puede confundirse esto con los fundamentos de derecho en que se apoya la demanda, debido a que son dos cosas distintas: se relaciona con el hecho constitutivo del derecho y la otra son los racionios o apreciaciones de índole jurídica que el actor deduce para calificar el hecho”⁵⁵¹. Mientras que, en contrario, se expresa

⁵⁴⁶ Ambos autores expresan que, además, que las causas de pedir varían según el tipo de tutela requerida, es decir, si es declarativa, constitutiva o de condena, y, a su vez, del tipo de fuente de la tutela requerida en cada una de ellas. Véase. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. pp. 160-162. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 258.

⁵⁴⁷ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 25.

⁵⁴⁸ Ibid.

⁵⁴⁹ Ibid.

⁵⁵⁰ CORTES DOMINGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor. Op. Cit. p. 144. ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Iuria Novit Curia. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. p. 50.

⁵⁵¹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos. Responsabilidad Civil. Casos prácticos. Legal Publishing. Santiago. 2008. p. 177. En el mismo sentido se pronuncia ORELLANA

CORRAL exponiendo que el tribunal queda vinculado por los fundamentos legales de la pretensión, toda vez que, si elige otras disposiciones legales para fallar la contienda, “estaría cambiando la causa de pedir de la acción intentada”⁵⁵²; de lo que se desprende que, si lo que cambia es la causa petendi, esta está integrada por el fundamento jurídico y no solo por los hechos.

De esta manera, queda de manifiesto que no es uniforme la idea respecto a la composición de la causa de pedir. De esta manera y, para fines de esta investigación, se abordará desde una aproximación pragmática, atendiendo que no parece posible resolver la dificultad dogmática planteada, así se estará a la revisión de las repercusiones teóricas que puede traer para la configuración de los límites objetivos de la cosa juzgada.

b.1) Causa de pedir y alcance de “lo juzgado” y *iura novit curia*

De lo que se ha venido expresando puede comprenderse la complejidad que estriba la delimitación del componente objetivo como límite de la cosa juzgada en relación con la causa de pedir. Es así como resulta dificultoso, pero indispensable, dilucidar qué queda comprendido bajo el marco de aquello que se “ha juzgado” para poder hacer el ejercicio comparativo entre dos procesos.

Uno de los tópicos relevantes que emergen de estas dificultades es el poder del juez en la construcción de la premisa normativa de la decisión, contenida en la máxima *Iura novit curia*, que expresa que el juez conoce el derecho. Se trata de dilucidar si, en uso de ese conocimiento, le está permitido -o vedado- al tribunal alterar los fundamentos jurídicos de la pretensión hecha valer, es decir, si el juez, en uso de sus potestades, se encuentra sujeto o vinculado a “la calificación jurídica que las partes han realizado respecto de los hechos del litigio o si tiene libertad para resolver de acuerdo a una calificación distinta”⁵⁵³.

Por lo tanto, la idea de causa de pedir, y si comprende o no los fundamentos jurídicos o normativos de la pretensión, supone condicionar la extensión con la que el juez podrá

TORRES, Fernando. Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Procedimientos civiles ordinarios y especiales. Librotecnia. Santiago. 2010. p. 115.

⁵⁵² CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Legal Publishing. Santiago. 2013. p. 376.

⁵⁵³ SANCHEZ MAGGIO, Fabrizio. *Iura novit curia* y Principio de Congruencia en sede civil en materia de daños. Colección Jurídica Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Santiago. 2019. p. 14.

aplicar este principio de *iuri novit curia*⁵⁵⁴, toda vez que si se considera que no comprende la justificación jurídica su aplicación se vuelve extensiva, y se reduce en caso contrario.

En tal sentido, se pueden apreciar dos doctrinas, quienes sostendrán que ello no es posible, pues supondría una vulneración del principio dispositivo y la congruencia procesal, y, por otro lado, quienes adhieren a que, sí le está permitido al tribunal modificar los fundamentos jurídicos de la pretensión en ejercicio de sus potestades, en atención a que tan solo los hechos fundantes de la pretensión le son vinculantes⁵⁵⁵, ya que solo de ellos se construye la *causa petendi*.

Como exponente de este primer grupo se encuentra HUNTER, quien explica que no posible para el juez alterar la calificación jurídica dada por las partes, pues ello atenta contra el principio dispositivo, resultando en una modificación de la causa de pedir, y con ello, el objeto del proceso⁵⁵⁶. Por su parte, ORMAZABAL esgrime que al modificar la calificación o fundamentación jurídica se afecta el deber de imparcialidad y neutralidad del juez, pasando a comportarse como un verdadero abogado de las partes, dispuesto a modificar la pretensión, en cuanto a sus fundamentos, suministrando motivos para estimarla si le parece correspondiente⁵⁵⁷.

En una línea similar se manifiesta TAPIA, quien sostiene que el derecho que el juez puede aplicar “viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio”, toda vez que a ello está obligado en virtud del principio dispositivo⁵⁵⁸. De la misma manera se expresa PRIETO-CASTRO, quien sostiene que el principio dispositivo impone un límite al juez en cambio del punto de vista jurídico de la pretensión⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006. p. 21.

⁵⁵⁵ SANCHEZ MAGGIO, Fabrizio. Op Cit. p. 15.

⁵⁵⁶ HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 40.2013. p. 631. (chequear datos revista. Los que agregué son los que encontré).

⁵⁵⁷ ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. pp. 95 y 96.

⁵⁵⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 135. En tal sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en data reciente “*La Audiencia, al entender aplicable una ley en vez de otra, se mueve dentro del margen que al juzgador le concede la aplicación del principio iura novit curia [el juez conoce el derecho], en cuanto que, si bien se encuentra vinculado por las pretensiones de las partes y por los hechos y razones que las justifican, no lo está por la norma legal invocada, siempre que no altere la causa de pedir*” STS 132/2016, 4 de Marzo de 2016. Motivo Segundo. En el mismo sentido véase STS 672/2016, 16 de Noviembre de 2016; STS 347/2018, 7 de Junio de 2018.

⁵⁵⁹ PRIETO-CASTRO, Leonardo. El cambio del punto de vista jurídico. Revista de Derecho Procesal. 1956. p. 255.

A contrafaz de moneda, COUTURE explicaba que la judicatura no se encuentra atada por errores jurídicos en el planteo de los litigantes⁵⁶⁰, agregando que “el fundamento del derecho que se ventila en el juicio no es tan solo el que invoca el actor; el fundamento es el derecho que rige la especie litigiosa; y ese fundamento lo debe buscar el juez aun fuera de las alegaciones de las partes”⁵⁶¹. Esta idea, que ha sido también defendida en España por FENECH y CARRERAS, quienes sostuvieron que la fundamentación jurídica no resulta imprescindible para el juez, quien es soberano en la calificación jurídica de los hechos⁵⁶².

La doctrina mayoritaria en Chile, al igual que en otras latitudes latinoamericanas, sostiene que el CPC, en el artículo 254, exige la fundamentación fáctica, pero no una fundamentación jurídica exhaustiva que sea vinculante para el órgano jurisdiccional⁵⁶³. Sin embargo, un punto de reunión de ambos extremos doctrinarios al tenor de la relevancia que tiene la potestad del juez en la aplicación de calificaciones jurídicas en la garantía del derecho a defensa y la congruencia procesal. Así, se sostiene que el principio de contradicción y de audiencia no pueden verse conculcados ante una modificación de fundamentos jurídicos por parte del juez, sin poder entregar herramientas a las partes para que hagan las alegaciones pertinentes una vez producido ese cambio, lo que de no ocurrir supondría, como señala COLOMBO, una alteración sustancial del contenido del contradictorio que deje a las partes en la indefensión⁵⁶⁴.

De la misma manera, el principio de congruencia, íntimamente ligado al principio dispositivo, supone una relación de adecuación entre lo sometido al proceso por las partes, lo pedido, y aquello sobre lo que puede pronunciarse el juez⁵⁶⁵, de forma tal que nunca se podrán modificar ni el petitorio ni los hechos en los que se funda la pretensión⁵⁶⁶. A tal respecto, en un afán conciliador, HUNTER expresa que sería posible conciliar ambas ideas, en el entendido que se conciba la aplicación del *iura novit curia*, pero respetando determinados límites⁵⁶⁷, como el derecho a defensa, toda vez que resultaría inadmisibile

⁵⁶⁰ COUTURE, Eduardo. Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano. Depalma. Buenos Aires. 1999. p. 46

⁵⁶¹ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 196.

⁵⁶² CARRERAS LLANSANA y Jorge, FENECH NAVARRO, Miguel. Estudios de Derecho Procesal. Librería Bosch. Barcelona. 1962. p. 259.

⁵⁶³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo. Op. Cit. p. 432.

⁵⁶⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los actos procesales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997. p. 44.

⁵⁶⁵ Este principio se encuentra consagrado en el Art. 160 del CPC “las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”

⁵⁶⁶ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo. Op. Cit. p. 432.

que se pronuncien fallos motivados en consideraciones jurídicas que las partes no introdujeron al proceso, pero de las cuales, además, no tuvieron conocimiento⁵⁶⁸.

Para ello propone que el juez utilice facultades inquisitivas para proponer oficiosamente el debate a las partes, para que estas formulen observaciones y se verifique el contradictorio, si es que el sentenciador ha detectado la existencia de calificaciones o fundamentos jurídicos indispensables para la solución del litigio, pero que no hayan sido mencionados por las partes⁵⁶⁹.

De ese modo, estima Hunter, se establecería un balance entre las potestades del juez en cumplimiento de su mandato de aplicación de ley, pero de la ley correcta a los hechos del caso, y los derechos de las partes respecto al control de la litigación a través del principio dispositivo. Asimismo, no se afectaría la posibilidad de las partes de defenderse o de realizar las observaciones que consideren pertinentes respecto a una calificación jurídica diversa, en la que puede ser necesario hacer énfasis distintos, como ocurre con los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual respecto de alguno de sus elementos.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia chilena ha señalado que es posible modificar determinados fundamentos, pero, sin sobrepasar el límite del derecho a defensa y nunca permitiéndose la alteración de la causa de pedir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena. Revista de Derecho (Valdivia). Año 23. Vol. 2. 2010. p. 200. ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. pp.76-79.

⁵⁶⁹ HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia en la jurisprudencia. Op. Cit. p. 215. MILLAN HERNANDEZ, Carlos. La incongruencia civil. Tecnos. Madrid. 1983. p. 97

⁵⁷⁰ Sentencia Corte Suprema de Chile de fecha 21 de enero de 2016, Rol 1268-2015. Considerando Sexto: *“Sobre la base de lo previamente expuesto, los tribunales de justicia deben ceñirse al principio de pasividad que rige su actuar, como al de congruencia, determinado por los asuntos sometidos a su decisión. No puede soslayarse que los principios iura novit curia del sistema dispositivo y de aportación de partes, vienen a significar tan sólo la posibilidad que tiene el juez de desvincularse de la fundamentación jurídica sustentatoria de las pretensiones de cada litigante para la resolución de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, pero sin apartarse de la causa de pedir. Dichos principios permiten, sin incurrir en incongruencia, dar a los hechos planteados exclusivamente por las partes y que derivan de las probanzas rendidas, la calificación jurídica que corresponda.”* En el mismo sentido Véase Sentencia Corte Suprema de fecha 13 de enero de 2014, Rol 9631-2012. Sentencia Corte Suprema de fecha 10 de septiembre de 2014, Rol 1051-2014. Sentencia Corte Suprema de fecha 16 de marzo de 2015, Rol 27796-2014 De forma muy similar la jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar: *“Por ello, la causa de pedir tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez para aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio iura novit curia, descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por lo demás resulta del art. 218 LEC, al disponer que el tribunal deberá resolver conforme a las normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.”* STS 347/2018, 7 de Junio de 2018, Motivo Segundo,

En nuestra opinión, y sin perjuicio de lo que se expresará en la Parte Cuarta de este trabajo⁵⁷¹, parece necesario plantear un enfoque consecuencialista para dar perspectiva a la discusión. Si el tribunal no puede alterar la calificación jurídica introducida al proceso pues ello atenta contra el principio dispositivo y los límites que en ejercicio de dicho principio las partes han fijado al juez para la resolución del asunto, aun tomando conocimiento de que se trata de una fundamentación jurídica deficiente, se corre el riesgo de arribar a una sentencia errónea. Se trataría de una sentencia que aplica una calificación jurídica determinada por los litigantes, pero que no permite resolver el asunto, al menos no correctamente, en cuyo caso el tribunal deberá fallar intentando aplicar un estatuto jurídico equivocado o impreciso a sabiendas. Lo anterior, debe considerarse desde la perspectiva de las partes, quienes, atendida esta postura deberían estar dispuestas a soportar la consecuencia de su mala fundamentación jurídica, especialmente la parte demandante.

Es decir, para que el sistema funcione en los términos propuestos, quienes defienden la imposibilidad de cualquier intervención del juez en la fijación de la calificación de los hechos, deberán estarse entonces a que el sentenciador solo podrá aplicar ese “derecho” o “fundamento jurídico” esgrimido por las partes, que puede llevar a que su pretensión sea desestimada. Aceptar esas consecuencias requerirá, en mi opinión, coherencia del sistema, manteniendo el mismo enfoque de cara a los recursos que puedan proceder respecto de dicha sentencia, y muy especialmente impidiendo que la parte vencida pueda renovar la litigación en un segundo proceso con los fundamentos jurídicos correctos. Se trata entonces de que los justiciables se hagan cargo de la elección de su fundamentos y calificaciones jurídicas, sabiendo que están usando una única oportunidad para promover dicha solicitud de tutela. De lo contrario el sistema de justicia debe hacerse cargo de todos los errores, a saber, bajo el siguiente esquema:

- 1.- Las partes eligen libremente qué litigar y en qué fundamentar jurídicamente sus pretensiones.
- 2.- Los jueces no pueden modificar dichas calificaciones o justificaciones, les está prohibido por el principio dispositivo.

⁵⁷¹ Véase *infra* Parte Cuarta 2.2

3.- La sentencia es desfavorable, desestimando la pretensión en base a una justificación imperfecta de la parte.

4.- La parte, insatisfecha con el resultado, inicia un nuevo procedimiento, con una justificación jurídica distinta, esta vez la correcta.

5.- El sistema de justicia debe volver a tramitar dicho procedimiento y volver a fallar correctamente, pero por segunda vez, la misma contienda, soportando el costo social para todos los usuarios que ello significa, haciéndose cargo de los errores de la parte que no se le permitió reparar mediante su intervención en el primer proceso.

A modo de ejemplo podemos señalar lo siguiente:

La parte A demanda de la parte B en juicio declarativo el pago de una cantidad de dinero señalando que se le debe en función de un contrato de mutuo. Al analizar los hechos, el tribunal se percató que, en realidad la deuda existe, pero en virtud de la obligación de rendir cuenta derivada de un contrato de mandato. Si el tribunal no puede alterar la calificación jurídica ni los fundamentos (que alcanzan la causa de pedir) puede que desestime la pretensión pues el mutuo de dinero tiene requisitos de existencia, solemnidades, que en el caso particular no se han cumplido. Tan pronto se dicta la sentencia, la parte A inicia un nuevo juicio declarativo contra B requiriendo el mismo pago, pero esta vez fundado en las reglas del contrato de mandato.

Esa solución no nos parece adecuada ni mucho menos eficiente, pero es la consecuencia que debería tenerse en cuenta si se sostiene que el principio dispositivo tiene tal entidad que puede desembocar en este tipo de situaciones. Asimismo, el litigante que reitera el uso del sistema en un segundo proceso mediante un marco formal de legitimidad fuerza a la otra parte a volver a litigar un asunto que, en los hechos es el mismo, lo que podría romper el equilibrio existente como principio de igualdad fundante del proceso civil, especialmente ante la asimetría de los poderes y acceso a medios de litigación de las partes⁵⁷².

Se trata, como se analizará más adelante de buscar un equilibrio entre los derechos individuales de las partes y el correcto funcionamiento de un sistema de justicia. Para

⁵⁷² En tal sentido, se altera el principio de igualdad de armas, y se beneficia a quien puede sostener en el tiempo el costo de su propio error, beneficiándose de su propio dolo, contrariando la máxima *debt bis vexari pro una et aedem causa*.

ello, como se explica en la Parte Cuarta, será necesario configurar las reglas de clausura del sistema de forma amplia, para evitar escenarios como el que aquí se ha descrito.

b.2) Causa de pedir, lo deducido y lo deducible (cosa juzgada virtual)

En los países de tradición de derecho continental, principalmente Europa y Latinoamérica la idea de cosa juzgada fundada en al triple identidad se mantuvo incólume durante varios siglos. De esa manera es que, tanto doctrina como jurisprudencia chilena, recogiendo su herencia jurídica, sostuvieron sin grandes cavilaciones científicas la idea de que los límites objetivos de la cosa juzgada estaban dados por la identificación de un mismo objeto y una misma causa de pedir⁵⁷³.

Tradicionalmente la doctrina chilena ha sostenido que queda comprendido bajo el efecto de cosa juzgada aquello relativo a los medios de prueba de los que se ha valido un sujeto para sostener su pretensión en juicio, es decir, la cosa juzgada no puede esquivarse mediante el ejercicio de una misma pretensión, pero allegando al proceso nuevo material probatorio⁵⁷⁴,

De la misma manera se sostiene que no basta la simple comparación entre lo contenido en la primera sentencia y la causa de pedir y la cosa pedida de la nueva demanda⁵⁷⁵. La línea doctrinaria y jurisprudencial originales tienden a mantener la idea clásica de la codificación, al tenor de comprender que la cosa juzgada debe estarse a aquello que efectivamente se ha fallado y esté contenido en la sentencia, específicamente en su parte resolutive. Tal como se ha señalado, la congruencia procesal se trata de una aproximación que mira a lo que se ha fallado en función de lo que se ha deducido por la parte⁵⁷⁶, estableciendo la limitación al tribunal de pronunciarse por sobre dichas peticiones expresas bajo la sanción de la incongruencia a través del vicio de *ultrapetita*⁵⁷⁷.

⁵⁷³ En ese mismo sentido la jurisprudencia es uniforme: *Sentencia Corte Suprema de Chile de fecha 8 de abril de 2020, Rol 785-2018*; *Sentencia de fecha 26 de octubre de 2009, Rol 302-2006*; *Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Rol 1933-1997*; *Sentencia de 20 de mayo de 2002. Rol 2427-2002*.

⁵⁷⁴ MATORANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 93. En el mismo sentido STOEHLER MAES, Alberto. Op. Cit. p. 135: “No debe confundirse la causa de pedir con los medios probatorios que se hacen valer para probar el hecho jurídico que sirve de fundamento a la acción deducida. Una demanda fundada en la misma causa de pedir de otra anterior que ya ha sido fallada debe ser rechazada, aunque se sostenga por otros medios probatorios”

⁵⁷⁵ ROMERO SEGUEL, Alejandro. Op. Cit. p. 69.

⁵⁷⁶ HUNTER AMPUERO, Iván. *Iura novit curia* en la jurisprudencia. Op. Cit. p. 200. ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. pp.76-79.

⁵⁷⁷ Art. 768 N°4 del CPC. *Sentencia Corte Suprema de Chile de fecha 16 de marzo de 2015, Rol 27796-2014*. Considerando Noveno: “*Que, como se dijo, en el caso de autos la ejecutada sustentó su defensa sobre la base de hechos distintos a los considerados por los jueces. En esas condiciones, la determinación*”

Sin embargo, con el devenir del nuevo siglo es posible vislumbrar un nuevo enfoque que apunta a poner en sintonía el tratamiento de la cosa juzgada, en especial lo relativo a la *causa petendi*, con las discusiones y tendencias sostenida en otras jurisdicciones, como el caso español al tenor de las reformas introducidas por la LEC del año 2000, y que han despertado la reinterpretación de lo que estaría cubierto bajo el manto del efecto excluyente.

Bajo el paradigma de la triple identidad de la cosa juzgada, se sostiene que aquello que queda amparado bajo el efecto material de la misma está constituido por las pretensiones que se han deducido en juicio y respecto de las cuales ha existido un pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Por lo tanto, si una determinada petición hecha en el primer proceso era, en abstracto, susceptible de ser fundamentada en más de un conjunto de antecedentes fáctico-jurídicos, es decir, podía justificarse en distintas causas de pedir, lo ordinario sería que aquellas justificaciones fáctico-jurídicas que no se han hecho valer como antecedente pretensional no quedaren comprendidas bajo el efecto de la cosa juzgada material⁵⁷⁸.

Esa aproximación, como se ha notado más arriba, era la imperante en la clásica doctrina referida a la materia en Chile, al igual que en España y el resto de Europa, durante el Siglo XX. Sin embargo, el desarrollo, loable por cierto, de una perspectiva más científica de la cosa juzgada ha permitido que se haya desarrollado un concepto cada vez más extensivo en relación a lo que debe considerarse “juzgado”⁵⁷⁹, así, se ha sostenido que la cosa juzgada comprende no solamente lo que expresamente se contiene en el fallo al tenor de las pretensiones introducidas al proceso por la (s) parte (s), sino que también aquello que habría podido deducirse.

Este cambio de paradigma se asocia, tradicionalmente, al proceso de reforma del legislador procesal en España con la entrada en vigencia de la LEC del año 2000, especialmente en lo pertinente a sus artículos 222 y 400; sin embargo, la idea extensiva

que en definitiva se adopte sobre la procedencia de su alegación no puede prescindir de tal aspecto pues, de otro modo, se incurre en el vicio de la ultra petita, infringiéndose el principio de congruencia procesal, que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, imperativo que han debido respetar los magistrados al decidir la controversia y la procedencia de las excepciones por las que se pretende restar mérito ejecutivo a los antecedentes que fundan la ejecución, pues la libertad del juez para interpretar y aplicar el derecho queda delimitada por el principio de congruencia, el cual le otorga el marco de su contenido”.

⁵⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 500.

⁵⁷⁹ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 62.

de lo que se debe comprender como juzgado incluso con anterioridad en la propia jurisdicción española⁵⁸⁰, aunque no con la claridad que se proponía traer la reforma⁵⁸¹.

El cambio referido vino dado por el contenido de los precitados artículos, en primer término, la nueva norma procesal civil española introdujo una regulación expresa de los efectos de la cosa juzgada material al señalar en sus numerales 1 y 2:

Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”

De esta manera, se ha dicho que se regula expresamente el objeto del proceso como criterio de comparación, así como establecer la pretensión como eje central de lo que debe entenderse comprendido dentro de dicho objeto. Luego, el artículo 222 ya citado debe entenderse complementado con la más novedosa incorporación del artículo 400 LEC, que viene en introducir el efecto preclusivo respecto a las alegaciones de hecho y los fundamentos jurídicos que se hagan valer, al señalar:

Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

Con esta norma, se consagra en forma expresa la preclusión atribuida a los diversos hechos y fundamentos jurídicos que se puedan utilizar para pedir al tribunal tutela judicial sobre un mismo objeto cuando eran conocidos al momento de hacerse valer y no se hagan valer todos en dicha oportunidad, haciendo inadmisibles su alegación en un nuevo proceso.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Como señala Tapia Fernández la jurisprudencia previa a la LEC 2000 sostenía un concepto de lo “deducible” que, si bien iba en expansión, dejaba dudas respecto a si alcanzaba en sus efectos preclusivos a los hechos o argumentos jurídicos que fundaban una causa de pedir distinta. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 109.

Esto, a juicio de CONCHEIRO, supone la instauración de una norma de clausura o cierre del sistema procesal civil a través de la expansión del efecto de la cosa juzgada mediante la intención expresa del legislador de dirigir a las partes un mandato por el cual se les impone la carga de hacer valer todas las acciones contra el demandado en un mismo momento procesal⁵⁸².

Se señala que tras lo dispuesto en el art. 400 LEC, existiría una “ficción de identidad”, el efecto vincular se la cosa juzgada no solo se forma por lo efectivamente alegado, sino también por lo que temporáneamente pudo haberse alegado⁵⁸³.

Por ello, el mismo autor señala que, a partir de la interpretación coordinada de ambos preceptos legales, arts. 222 y 400, puede concluirse que habría un cambio teórico en la construcción de la cosa juzgada material⁵⁸⁴, constituida por la renuncia a la triple identidad clásicamente entendida⁵⁸⁵. Lo que ocurre, entonces, es que la noción de causa de pedir deja de tener la importancia capital para la configuración de la identidad de procesos, cediendo dicho lugar al objeto pedido, o en palabras de CONCHEIRO:

“el fundamento básico determinante de la cosa juzgada material se hace recaer en el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, en lo que constituye el *petitum* de la

⁵⁸² CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Op. Cit. p. 258.

⁵⁸³ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 115.

⁵⁸⁴ En tal sentido la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado respecto al art. 400: “Como declaramos en la sentencia 531/2015, de 14 de octubre, con esta norma, se pretende, por una parte, impedir que en [el] mismo proceso se altere la causa petendi con alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos distintos de los invocados en la demanda, con la consiguiente indefensión para el demandado que habrá articulado su contestación en relación con una determinada causa petendi. Y, por otra, impedir que, resuelto el primer pleito con desestimación de la demanda, el demandante pueda volver a formular la misma pretensión sobre la base de unos hechos o fundamentos jurídicos que, pudiendo haber sido invocados en el pleito inicial, no lo fueron. En síntesis, y en lo que ahora interesa, el efecto de preclusión de alegaciones; respecto de las vertidas por el demandante en el primer pleito, una vez firme la sentencia que lo resuelve, da lugar a que esa sentencia tenga eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo respecto de las pretensiones interesadas en un segundo pleito que se apoyan en hechos y fundamentos jurídicos afectados por el efecto preclusivo. De este modo, del texto del precepto (400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda (sentencia núm. 768/2013, de 5 de diciembre). Teniendo en cuenta que esta regla no requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta su homogeneidad (sentencia núm. 671/2014, de 19 de noviembre).

En definitiva, como recuerda la sentencia 628/2018, de 13 de noviembre, conforme a la jurisprudencia de esta sala sobre los arts. 400 y 222 LEC, lo decisivo o determinante es la pretensión (sentencia 664/2017, de 13 de diciembre), de modo que no se puede volver a reclamar lo ya reclamado en un litigio anterior (sentencia 417/2018, de 3 de julio), ni solicitar el cumplimiento de un mismo contrato por dos veces (sentencia 9/2012, de 6 de febrero), pues ;la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente; (sentencia 164/2011, de 21 de marzo) STS 5/2020, Enero 8, 2020. Motivo Tercero. En el mismo sentido véase STS 515/2016, Julio 21, 2016. STS 664/2017, Diciembre 13, 2017

⁵⁸⁵ CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Op. Cit. p. 258.

demanda, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, en que se basaba principalmente en la causa de pedir {causa petendi}”⁵⁸⁶.

En el mismo sentido se pronuncia TAPIA, siguiendo la jurisprudencia del TS español, explicando que la identidad de causa de pedir exigida por la legislación previa al cambio del Art. 400 y aceptada de forma consistente por la jurisprudencia y pare mayoritaria de la doctrina tradicional entre *actio iudicata* y *actio iudicando* puede incluso caer en la irrelevancia⁵⁸⁷.

Este cambio de aproximación que reconfigura la forma de los límites objetivos de la cosa juzgada en función del objeto no supone prescindir de forma absoluta de los criterios históricos de causa de pedir y objeto pedido, pues debe comprenderse que bajo el manto de “objeto del proceso” -distinto del objeto pedido *o petitum*- se reúnen ambos elementos mencionados⁵⁸⁸.

Como consecuencia de lo anterior, solo quedan a salvo para ser utilizado como base de una nueva pretensión aquellos fundamentos fácticos o jurídicos que no pudieron hacerse valer en el juicio primigenio, pues ellos son los únicos que el art. 400.1 LEC entenderá como exentos de las reglas de preclusión⁵⁸⁹. De esta manera ha aparecido, en alguna literatura española, el concepto de “objeto virtual” y “cosa juzgada virtual”⁵⁹⁰.

La idea antes mencionada de “virtualidad” sigue la transitividad siguiente: el objeto del proceso se configura por el objeto pedido y la causa de pedir, luego, este objeto del proceso actual, debe verse complementado o expandido a aquello que podría haberse hecho valer, lo que era “deducible”; incorporado aquello podemos hablar de la configuración de un “objeto del proceso virtual”; el que atendidas sus funciones extrínsecas⁵⁹¹, como la comparación de procesos sucesivos, permitirá erigir la idea de “cosa juzgada virtual”, la que siempre tendrá efectos *ad extra* del proceso, a saber, cuando se origine un segundo proceso y averiguarse si existe identidad entre los objetos de ambos⁵⁹².

⁵⁸⁶ *Ibíd.*

⁵⁸⁷ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *La Cosa Juzgada*. Op. Cit. p. 116.

⁵⁸⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *Sujeto y objeto del proceso civil*. Anuario jurídico de La Rioja. N°5. 1999. pp. 19-20.

⁵⁸⁹ *Ibíd.* p. 117. En la misma obra con ocasión de los denominados límites temporales de la cosa juzgada. p. 156 y ss.

⁵⁹⁰ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 186. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del Proceso*. Op. Cit. p. 79.

⁵⁹¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del Proceso*. Op. Cit. p. 79.

⁵⁹² *Ibíd.*

La cosa juzgada virtual no debe confundirse con la cosa juzgada implícita, la que resulta de la inferencia contraria a lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia en cuanto a pretensiones incompatibles con ella. Es decir, como señala DE LA OLIVA:

“Por imperativo lógico, la cosa juzgada comprende lo que este implícita pero necesariamente negado por una afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia y lo que esté implícita pero necesaria e inescindiblemente afirmado por la negación que aquella pueda contener”⁵⁹³.

Como señala VALLINES, incumple aquello que está “implícita pero necesariamente negado por la afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia y lo que esté implícita pero necesaria e inescindiblemente afirmado por la negación que aquella pueda contener”⁵⁹⁴.

A modo de ejemplo, DE PADURA señala que se entenderá por cosa juzgada implícita aquella que se verifica cuando ante una demanda de cobro del saldo insoluto del precio de una compraventa ejercida por el sujeto A, el sujeto B interpone una excepción de pago, la que es desestimada por falta de prueba, obteniendo una sentencia estimatoria el sujeto A. En tal caso la nulidad del contrato no fue discutida, pero se entiende incluida en la sentencia de forma “implícita” toda vez que señalar la nulidad del contrato sería lógicamente incompatible con tanto con la pretensión de cumplimiento forzoso, como la excepción de pago. Por lo tanto, ante una posible demanda en un nuevo proceso del sujeto B contra el sujeto A, fundada en una acción de nulidad del mismo contrato de compraventa, existirá cosa juzgada, atendido lo resuelto en el primer proceso⁵⁹⁵.

Como señala APOLÍN, en estos casos solo se trata de procesos que intentan mostrar un objeto diverso, pero “solo se tratan de la otra cara de la misma moneda”⁵⁹⁶, en la que se ha declarado la existencia de una relación jurídica, pero que luego es cuestionada en el segundo proceso, por ello debe hacerse el ejercicio de considerar cosa juzgada aquello implícito en la decisión primigenia.

De la misma manera, aunque no en una reforma legal, en Francia se ha empezado a tomar una posición jurisprudencial similar⁵⁹⁷, asociada a la extensión de del efecto preclusivo

⁵⁹³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 56.

⁵⁹⁴ VALLINES GARCIA, Enrique. Op. Cit. p. 36.

⁵⁹⁵ DE PADURA BALLESTEROS, María. Fundamentos de la Sentencia, preclusión y cosa juzgada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. p. 27.

⁵⁹⁶ APOLÍN MEZA, Dante. La cosa juzgada implícita y el derecho de defensa. Revista Ius Et Veritas. N°51. 2015. pp. 284.

⁵⁹⁷ La utilidad de seguir el desarrollo jurisprudencial francés estriba en la influencia que el *Code Civil* de 1804 tuvo, y todavía mantiene, en las legislaciones sustantivas y procesales respecto a la cosa juzgada.

de la cosa juzgada a cuestiones de hecho o derecho que pudieron hacerse valer, incluso reinterpretando el concepto de demanda y causa de pedir en un sentido más laxo⁵⁹⁸. Tal cambio se atribuye al criterio de la *Cour de Cassation* francesa en el caso *Cesareo v. Cesareo*⁵⁹⁹, en el que se entiende existe, incluso, un abandono de la idea tradicional de la triple identidad⁶⁰⁰, al entender la Corte que en el momento de hacer valer una pretensión deben hacerse valer todas las posibles causas de pedir derivadas de los mismos hechos⁶⁰¹. Con ello, se interpreta por JEULAND, se da un giro desde la triple identidad hacia el análisis de sólo dos criterios, el *petitum* y las partes⁶⁰².

Por su parte, en Chile esta discusión tiene una data reciente y menos profunda, pero no por ello menos compleja. Como señala ROMERO, la existencia de una idea de comprensión expansiva de la cosa juzgada a aquello “deducible” es posible de encontrar en algunos fallos de los tribunales chilenos, así como en algunas reflexiones en la literatura durante la segunda mitad del siglo XX⁶⁰³. Con todo, no es sino hasta la redacción del Anteproyecto de Código Procesal Civil (2008) y finalmente en la redacción del Proyecto de Código Procesal Civil (2012)⁶⁰⁴, donde se ha reconocido la intención real de seguir el ejemplo de la legislación española, incorporando innovaciones a nivel positivo sobre el alcance de los efectos preclusivos de la cosa juzgada que se apartan de la idea tradicional de la triple identidad. Así, el Mensaje del Proyecto es meridiano al señalar:

*“Asimismo, en materia de cosa juzgada, recogiendo las tendencias modernas en esta materia, se regula su efecto positivo o prejudicial, e innovando en lo que ha sido tradicional, se elimina la triple identidad como factor determinante para la configuración de la fase negativa de este instituto. Se mantiene, como es indispensable, la identidad subjetiva, pero se entregan los demás elementos al análisis identitario que efectúe razonadamente el tribunal, con el fin de impedir la dictación de sentencias contradictorias y el iniciar procesos que versen sobre asuntos ya decididos por sentencias ejecutoriadas”*⁶⁰⁵.

⁵⁹⁸ CADIET, Loïc y JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 10^o Ed. LexisNexis. Paris. 2017. pp. 572-574.

⁵⁹⁹ *Cesareo v. Cesareo*. Corte de Casación de Francia. 7 de julio de 2006. En lo pertinente se trata de un caso en que en el primer juicio se hizo valer una acción de cobro de honorarios adeudados, mientras que en la segunda se hizo valer una acción por enriquecimiento injustificado.

⁶⁰⁰ STAPF, Beatrice. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre im französischen und spanischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Mohr Siebeck. 2017. pp. 164-166.

⁶⁰¹ *Cesareo v. Cesareo*. Corte de Casación de Francia. 7 de julio de 2006. Véase también SCHAFFSTEIN, Silja. *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*. Oxford University Press. Oxford. 2016. p. 259.

⁶⁰² JEULAND, Emmanuel. *The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters: Recognition, Res Judicata and Abuse of Process*. British Institute of International and Comparative Law, 2006.

⁶⁰³ ROMERO SEGUER, Alejandro. *La Cosa Juzgada...* Op. Cit. pp. 68-70.

⁶⁰⁴ Proyecto presentado ante el Congreso Nacional el 13 de marzo de 2012 y N^o de Boletín 8197-07.

⁶⁰⁵ *Ibíd.*

Con ello, y pese a que la reforma procesal civil se encuentra aún en actual trámite legislativo, la doctrina chilena ha empezado a discutir lo que supone una modernización inevitable de la idea de cosa juzgada al tenor de la triple identidad. De esta manera, surgen similares interrogantes a las planteadas en otras jurisdicciones de tradición continental, en especial respecto al alcance de lo “deducido y deducible”. Como expresa HUNTER, la expresión de aquello “deducible” puede generar problemas de interpretación, tal como en España ha denunciado ISABEL TAPIA⁶⁰⁶, por lo que plantea partir, en primer lugar, desde un punto de partida más sencillo, pero más fácil de precisar, al señalar que la cosa juzgada produce efectos preclusivos sobre la argumentación jurídica, entendida como la fundamentación de la pretensión⁶⁰⁷. De esta manera la fundamentación, entendida como se acaba de señalar, que no se ha hecho valer en un juicio anterior no podrá invocarse posteriormente en uno distinto. Con todo, agrega, esta tarea de comparación no estará nunca exenta de complicaciones, dada la dificultad para diferenciar argumentación y fundamento jurídico⁶⁰⁸. Se trata, entonces, de hacer un ejercicio que extienda los efectos de la cosa juzgada, alejándose de rigidez de la triple identidad, pero sin llegar al límite de la vulneración del derecho a defensa de los justiciables.

Por ello, se plantea, como criterio de diferenciación para los efectos de entender que queda cubierto por lo “deducible”, a los asuntos sobre los que ha existido controversia en el primer proceso, así, solo existirá cosa juzgada sobre aquello que se existió *res iudicanda* en su momento en el proceso original, es decir, aquello propuesto y debatido por las partes, ya que sería insostenible hacer procedente el efecto de la cosa juzgada a aspectos que no han sido objeto de debate, especialmente ante el riesgo de una omisión involuntaria de las partes⁶⁰⁹. HUNTER considera que no es posible extender la cosa juzgada cuando se invoca una fundamentación jurídica, incluso un estatuto normativo diverso al del primer proceso, como base de una nueva pretensión⁶¹⁰. De manera que no puede existir cosa juzgada, ni aun cosa juzgada virtual, más allá de aquello que fue materia de discusión y resolución por parte del juez en atención a la calificación jurídica o estatuto

⁶⁰⁶ HUNTER AMPUERO, Iván. *Iura novit curia*” y el Proyecto. Op. Cit. p. 631.

⁶⁰⁷ *Ibid.* p. 632.

⁶⁰⁸ *Ibid.* p. 633.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ *Ibid.* “Si las normas aplicables o la calificación jurídica no han podido ser discutidas en el marco de un proceso judicial, ejerciendo los litigantes en plenitud su derecho de defensa, no pueden operar los efectos de certeza y estabilidad de la cosa juzgada”.

normativo asiento de la pretensión, siendo la “contradicción entre los litigantes la frontera inexpugnable” del alcance de los efectos preclusivos de la *res iudicata*⁶¹¹.

Sostener lo que se ha expresado en el párrafo anterior, tal como se ha discutido en España, supondría una vulneración del derecho a defensa, toda vez que las partes no han podido, legítimamente, discutir todas aquellas cuestiones derivadas de los mismos hechos⁶¹², aun considerando que no existe ni se contempla la idea de incluir una norma equivalente al Art. 400 de la LEC en el ordenamiento chileno. De la misma manera habría una vulneración al principio dispositivo⁶¹³, en tanto se actuaría con un rol tutelar y paternalista respecto de la parte, imponiéndole un deber de accionar por sobre lo que su autonomía de la voluntad permita, vulnerando el derecho que tienen las partes a deducir aquello que específicamente desean que conozca y falle el tribunal⁶¹⁴.

Una discusión acabada sobre la conveniencia, al tenor de la experiencia en el derecho anglosajón, y su utilidad en función de los fines del proceso se llevará a cabo en la Parte Cuarta ⁶¹⁵.

2.2.1.2 LÍMITES SUBJETIVOS

Típicamente el tratamiento de la cosa juzgada en la tradición continental, especialmente en jurisdicciones como la española, y las latinoamericanas que le son semejantes, atiende al criterio históricamente denominado subjetivista para la configuración de los límites personales de la eficacia de la *res iudicata*. En principio, este elemento subjetivo se trata del más fácil de comprender, así como el primero que, en el juicio comparativo práctico debería enfrentarse⁶¹⁶. Se entiende que hay identidad de partes cuando en el nuevo juicio participen las mismas personas que en el anterior y en la misma calidad jurídica⁶¹⁷. Es decir, en privar de un nuevo proceso fundado en el mismo objeto litigioso a quienes ya

⁶¹¹ *Ibid.* p. 634.

⁶¹² *Ibid.* p. 633.

⁶¹³ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Op. Cit.* pp. 26-27.

⁶¹⁴ RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo. El principio dispositivo y las intimaciones judiciales en la prueba. En: PICO I JUNOY, Joan. (coord.) Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos. Bosch ProcesalBarcelona. 2013. p. 197.

⁶¹⁵ Véase *infra* 4.3

⁶¹⁶ CALAZA LOPEZ, Sonia. *Op. Cit.* p. 158.

⁶¹⁷ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO, Erika. *Op. Cit.*, 214 y, respecto a la doctrina española: CONCEIRO DEL RÍO, Jaime. *Op. Cit.* p. 264.

han sido acreedores en un proceso anterior “de una adecuada satisfacción jurídica en la calidad que litigaron”⁶¹⁸

En la regulación procesal civil chilena la regla matriz se encuentra consagrada en el art. 177 del CPC, que expresa: “*La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1. Identidad legal de personas*”.

De forma similar, la actual regulación de la LEC-española expresa en el art. 222 numeral tercero:

“3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.”

De este modo, la relación en el componente subjetivo de la cosa juzgada ha sido expresado por DE LA OLIVA, señalando que el principio general alude a la máxima romana que expresa *nemo debet inaudito damnari*, aludiendo a que la cosa juzgada solo vincula a las partes que han intervenido, o al menos tenido la oportunidad de intervenir en el proceso original, no pudiendo nadie ser condenado sin haber sido oído ni emplazado en dicho proceso en el que se produce el efecto preclusivo de la *res judicata*. De esta manera, y como correlato necesario, se expresa, por el mismo DE LA OLIVA, que la regla general será la inafectación de los efectos de la cosa juzgada a los intereses de terceros ajenos a la contienda, tanto en sentido positivo (aprovecharse del fallo) como en sentido negativo (perjudicarse de éste) según lo dispone la máxima latina *res inter alios judicata, aliis nec prodesse, nec nocere potest*⁶¹⁹.

Así, es habitual señalar que el principio general se puede erigir que la cosa juzgada solo beneficia, o perjudica, a quienes han litigado en el proceso en que ésta se ha producido. De esta manera ORTELLS señala que corresponderá comprender como litigante, aquel quien interpone la pretensión, o a nombre de quien ésta se interpone, y contra quien es

⁶¹⁸ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 158.

⁶¹⁹ COUTURE, Eduardo. Op. Cit. p. 422.

interpuesta⁶²⁰. Con todo, veremos que la doctrina, y las legislaciones que han sido objeto de reciente reforma, plantean excepciones, así como situaciones en que la determinación de los sujetos que han intervenido en un determinado proceso no se encuentra libre de dificultades.

2.2.1.2.1 Identidad subjetiva

Como se ha venido expresando anteriormente, la identidad subjetiva de la cosa juzgada en materia civil no guarda relación, necesariamente, con la identidad física de la persona que ha comparecido al litigio original, ni su comparación con quien comparece al proceso subsecuente. En general, se atiende a la calidad de parte, como participante en el proceso, independiente de si lo ha hecho en una posición procesal diversa⁶²¹, incluso diametralmente opuesta en cada uno de los procesos⁶²². Se habla, ya no entonces de identidad física, sino de una verdadera identidad jurídica⁶²³. Es decir, es posible que una misma persona física haya utilizado más de una posición jurídica en diversos procesos, o viceversa, una persona haya representado jurídicamente a más de una persona física⁶²⁴. Como señala TAPIA, se trata de una identidad de partes legítimas (actora y demandada) independiente de su posición como demandantes o demandados -y que pueda invertirse de un proceso a otro-⁶²⁵, o de que en cada pleito no intervengan exactamente todos los que lo hicieron en el primero, o incluso que se introduzcan en el segundo litigantes que no encontraban en el primero⁶²⁶, pero utilizando la misma calidad.

⁶²⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. pp. 570-571.

⁶²¹ MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. pp. 496-497

⁶²² Así, Romero Seguel sostiene que se puede ser demandante el primer juicio y demandado en el segundo, observándose de todos modos la identidad legal. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada... Op. Cit. p. 56.

⁶²³ En ese sentido el fallo reciente de la Corte Suprema, de 27 de diciembre de 2018, Rol: 12230-2018 reafirma el criterio jurisprudencial que data de 1937 al explicar en su considerando Séptimo: “De esta suerte, el requisito referido a la identidad legal de las personas a quienes empece el efecto de cosa juzgada de una resolución o sentencia judicial, ha de ser entendido correctamente como relativo a la calidad jurídica y no física de las mismas. Siendo, en consecuencia, posible que exista esta identidad legal, en los términos del citado precepto, respecto de un sujeto que, si bien no ha sido, nominalmente parte de un proceso judicial anterior sobre un crédito u obligación objeto de litigio o ejecución, sin embargo, por circunstancias posteriores, como acontece por ejemplo con el tercero que paga una deuda ajena y se subroga en el crédito del acreedor primitivo, o bien, con el cesionario a quien el cedente transmite un derecho personal, pase a ocupar jurídicamente la misma posición del acreedor original respecto del crédito transmitido, viéndose afectado, en definitiva, por todas aquellas eventualidades jurídicas a que se haya visto, a su vez expuesto el crédito del que ha pasado a ser titular”

⁶²⁴ GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 522. Como el sujeto que representa en el primer proceso a su hijo sujeto a patria potestad, en el segundo a la Sociedad de la que es administrador y en un tercero a sí mismo

⁶²⁵ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 177.

⁶²⁶ Ibid.

2.2.1.2.2 Justificación de la regla del efecto relativo del efecto *inter partes*

Históricamente se ha sostenido por la doctrina italiana dedicada a la materia, y en parte por sus seguidores latinoamericanos como ALSINA⁶²⁷, que la idea de efecto relativo o *inter partes* tiene su origen en una reconstrucción del proceso judicial romano clásico, cuya naturaleza era eminentemente privada entre *sui iuris* en el que el resto de la ciudadanía ni tenía un rol que cumplir, ni un interés especial en su resultado⁶²⁸. Por oposición a este tipo de proceso privado existiría la concepción germánica del proceso civil, en el cual era el pueblo quien, reunido en una asamblea, presenciaba la resolución de la disputa, por lo que dicha decisión tenía efectos *extra partes*, siendo vinculante para quienes formaban parte la mencionada asamblea⁶²⁹.

Actualmente la construcción teórica que permite sostener que sólo pueden verse afectados directamente por los efectos de la cosa juzgada quienes han intervenido en el proceso que le da origen es edificable sobre diversas concepciones propias del constitucionalismo moderno y la estructura actual del Estado, que dependerán de la construcción propia de cada sistema judicial, la que, asimismo, puede variar según cada tradición jurídica en la que se inserte un determinado sistema de justicia.

Generalmente, en la tradición continental, especialmente iberoamericana, se ha sostenido que el efecto relativo *inter partes* de la *res judicata* descansa en justificaciones de orden constitucional -o supra constitucional- ligadas a las garantías judiciales más elementales⁶³⁰. Es así como se reconduce la razón de la limitación del efecto a las partes a las normas de mayor jerarquía que el derecho objetivo establece para sostener la idea de que la cosa juzgada en su efecto relativizado es reconducible a la idea de justicia procesal elemental, traducido en textos internacionales como debido proceso, así como el eco más o menos expreso que los regímenes constitucionales hayan hecho de tales declaraciones.

Tradicionalmente, por ejemplo, en España se ha señalado que la existencia de una regla relativa a los efectos de la cosa juzgada material, entendida como los límites subjetivos, tiene su origen y justificación en virtud del principio de audiencia -también conocido

⁶²⁷ ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 137.

⁶²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo y Germanismo en el proceso civil. Traducido por Roberto Mantilla Molina. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. N° 16-17. 1943. p. 524.

⁶²⁹ Ibid. Véase también ALLORIO, Enrico. La cosa juzgada frente a terceros. Marcial Pons. Barcelona. 2014. p.45.

⁶³⁰ Véase *supra* Parte Primera 1.4.2

como bilateralidad de la audiencia-, al principio de contradicción y, muy especialmente, al derecho a defensa. Esta constelación de derechos asiste al justiciable a no responder, ni a ser receptor, de los efectos de una sentencia originada en un proceso del que no ha podido ser parte legítimamente⁶³¹. Es decir, inhibe de efectos a la sentencia respecto de quien no ha tenido la adecuada oportunidad de objetar su contenido durante la tramitación del proceso al que le da origen. Su justificación normativa se encuentra en el art. 24.1 de la Constitución Española⁶³², entendida como parte de la macro-garantía de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, como se ha señalado antes, esta justificación se hace al tenor del desarrollo que la doctrina procesal ha dado al artículo en lo relativo a como dicho acceso a la justicia, debe garantizar que el justiciable no se enfrente a ninguna posición en la que se produzca indefensión⁶³³. Así, GRANDE sostiene que “es precisamente, en esta prohibición, y en lo relativo al principio de contradicción o audiencia que informa el proceso civil, donde radica el fundamento o razón de ser de los límites subjetivos de la cosa juzgada material”⁶³⁴. DE LA OLIVA, en la misma línea, sostiene que la aplicación *inter partes* esta sujeta a un verdadero “imperativo elemental de justicia” evitar que una resolución judicial afecte, beneficiando o perjudicando, a quien no ha tenido la posibilidad de intervenir en el proceso correspondiente⁶³⁵.

Desde la perspectiva chilena, y con cierto aplomo en general en Latinoamérica⁶³⁶, se han elaborado motivaciones similares. Tal como se expresa en el Capítulo I de la Parte Primera⁶³⁷, se ha mencionado que la cosa juzgada forma parte del debido proceso⁶³⁸, toda vez que el derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia y obtener una resolución de su disputa deba estar provista de un carácter definitivo, es decir, sin que dicha decisión

⁶³¹ GIMENO SENDRA, Vicente. Diccionario de Derecho Procesal. Ed. Iustel. Madrid. 2007. p. 158. (definiendo cosa juzgada).

⁶³² Art. 24. Inciso primero: *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

⁶³³ GRANDE SEARA, Pablo. La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. p. 126.

⁶³⁴ *Ibíd.* CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional. Estudios de Deusto. [S.l.]. Vol. 66. N° 2. 2018. p. 363.

⁶³⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la cosa juzgada. Op. Cit. p. 45.

⁶³⁶ En Colombia, de la misma manera se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional. Véase NISIMBLAT, Nattan. La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el derecho anglosajón. Vniversitas. Vol. 58. N°118.. pp. 247-271. En Uruguay, la Suprema Corte se pronuncia en el mismo sentido. Véase: LANDONI SOSA, Angel. Op. Cit. p. 304.

⁶³⁷ Véase *supra* Parte Primera 1.3.1

⁶³⁸ En el mismo sentido véase lo dicho por Esparza, quien entiende que la inalterabilidad, la firmeza y la cosa juzgada forman parte del contenido imprescindible del proceso debido. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El proceso debido como único modelo... Op. Cit. p. 334.

ostente el peligro de ser revisitada o alterada sobrevinientemente. Sin esa garantía de estabilidad de la decisión las resoluciones jurisdiccionales no cumplirían su función de proveer un acceso real a la justicia a través de un proceso debido. En tal sentido, se ha planteado esta idea incluso bajo la denominación de un “derecho a la cosa juzgada” como parte de los derechos que la Constitución Chilena garantizaría a sus ciudadanos en el contexto de la tutela judicial de sus derechos⁶³⁹. De manera similar, se ha sostenido que el estatuto interamericano de Derechos Humanos consagraría en el art. 8 del Pacto de San José una idea similar a la recogida en la carta fundamental, como una suerte de derecho de clausura de las decisiones judiciales⁶⁴⁰. De esta manera, podríamos señalar que existe en este marco teórico un derecho de las partes a la conclusión e inalterabilidad de las decisiones respecto de los derechos que los justiciables han requerido tutelar judicialmente, pero tal derecho es, en consecuencia, solo de -y para- dichas partes.

2.2.1.2.3 Efecto expansivo del concepto de partes para la eficacia de la cosa juzgada

En las legislaciones de derecho continental es posible encontrar algunas situaciones en las que pareciera que los efectos subjetivos de la cosa juzgada se expanden respecto de personas que no han sido parte del proceso, lo que -en principio- parecería una excepción a la denominada regla aurea del efecto *inter partes*. La doctrina chilena, de la misma manera que la literatura española, ha abordado estos casos, similares en cuanto a requisitos de procedencia regulación y características, bajo la denominada expansión del efecto de la cosa juzgada a herederos y causahabientes de las partes⁶⁴¹.

- a) **Sustitución procesal:** en el caso del derecho chileno, siguiendo a CHIOVENDA⁶⁴², se ha sostenido que es posible comparecer en un determinado proceso a nombre propio, pero ejerciendo un derecho que es ajeno⁶⁴³. Por contraintuitiva que parezca esta figura, está legalmente reconocida en diversas jurisdicciones y apunta

⁶³⁹ GARCÍA PINO, Gonzalo, y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. Op. Cit. p. 250. En su texto los autores incluso señalan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, que ha sostenido "*[s]in la aplicación del efecto de cosa juzgada, el conflicto no queda resuelto, con lo cual el proceso no cumple su función, reconociéndose como única excepción a ello la acción de revisión de sentencias firmes, contemplada expresamente en la legislación procesal civil y penal*". Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de abril de 2008, Rol 821. Considerando 23.

⁶⁴⁰ Ibid.

⁶⁴¹ Art. 222.3 LEC/2000: La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

⁶⁴² Se le atribuye a Chiovenda el mérito de la formulación del concepto de *sostituzione processuale*, difundido por Europa continental durante la primera mitad del siglo XX y del cual se tomara nota con particular interés e influencia en la dogmática española y Latinoamérica. CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di Diritto processuale civile, vol. I. Nápoles.. 1933. p. 54.

⁶⁴³ Sentencia Corte Suprema de Chile. 9 de mayo de 2012, Rol 2398-2011.

al derecho del acreedor que ve en peligro su crédito de hacer efectivo los derechos de su deudor contra un tercero. En estos casos el sustituto procesal no hace las veces de un mero representante, sino que comparece a nombre propio, cumpliendo con el carácter de parte propiamente tal. Un ejemplo habitual de esta situación ocurre con las disposiciones propias de la compraventa (así como en otros contratos similares) en los que existe un deber de saneamiento de vicios de evicción por parte del vendedor, quien, ante la perturbación de los derechos del comprador por parte de un tercero en un proceso judicial, debe comparecer a defenderle, sustituyéndole procesalmente como el demandado, aunque los derechos que defienda no le sean propios⁶⁴⁴. De la misma manera, se concede esta figura a quien ejerce los derechos en calidad de demandante para cobrar un crédito ajeno, que corresponde a su deudor moroso, para hacer efectivo el cobro que éste tiene respecto de un tercero, conforme a las reglas de la denominada acción oblicua o subrogatoria⁶⁴⁵.

En la legislación procesal civil española esta figura es conocida por el nombre de legitimación extraordinaria o por sustitución, reconocida expresamente en el art. 11 de la LEC/2000, por la cual se regula el tratamiento procesal de aquello que se ha definido como “esas personas que actúan en nombre e interés propio aunque por un derecho subjetivo o relación jurídica ajenos (legitimados extraordinariamente, o por sustitución) no son titulares de los derechos subjetivos materiales que se deducen en el proceso”⁶⁴⁶.

Cabe hacer presente que en todos estos casos los efectos de la sentencia obtenida por el sustituto afectan directamente al titular de los derechos, es decir el sujeto sustituido. Lo anterior, guarda relación de coherencia con el objetivo que ha tenido a la vista la ley para permitir dicha intervención sustitutiva en el proceso. Esta afectación o alcance de los efectos inhibitorios de la cosa juzgada les afectará en

⁶⁴⁴ SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Intervención del vendedor en el proceso de evicción. Estudios de Derecho Procesal. Ed. Ariel. Barcelona. 1969. p. 266.

⁶⁴⁵ Para mayor profundidad de estas hipótesis de sustitución SANCHEZ LOPEZ, Barbara. Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas). Marcial Pons. Madrid. 2017. Para una referencia acabada véase el trabajo de Bárbara Sánchez López, posiblemente el trabajo de data reciente de mayor completitud y exhaustividad en materia de sustitución. CABAÑAS GARCÍA, Juan. La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil. Dijusa. Madrid. 2005. p. 197.

⁶⁴⁶ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 199.

calidad de partes, no por su identidad física, sino que por su titularidad del interés jurídico relevante hecho valer, por quien utilizó su lugar como sustituto⁶⁴⁷.

- b) Representación:** Es la más natural de las situaciones en la que existe una diferencia física entre el sujeto que comparece y quien es el titular de los intereses que se hacen valer en el proceso. Se trata de que quien concurre al juicio lo hace ejerciendo la calidad de representante respecto de los derechos de un sujeto distinto, el representado. Se encuentra expresamente reconocida en el artículo 4 del CPC, que expresa *“Toda persona que deba comparecer en juicio a su propio nombre o como representante legal de otra, deberá hacerlo en la forma que determine la ley”*.

Además, es de esta manera que corresponde comparecer en juicio a todos quienes requieren de la modalidad representativa para la defensa de sus intereses, como las personas jurídicas⁶⁴⁸, y las personas que la ley ha declarado incapaces⁶⁴⁹. En este caso, los efectos de la cosa juzgada afectan plena, pero exclusivamente, al representado, pues se entiende que es él o ella quien ha comparecido en una determinada calidad, existiendo a su respecto -más no al del representante- identidad legal de personas.

- c) Sucesión:** Se entiende como la actuación en el proceso por parte de alguien que ejerce una determinada calidad, la que ha adquirido singular o universalmente de un sujeto distinto que la detentaba con anterioridad⁶⁵⁰. Como señala CORTÉS, la extensión temporal del proceso puede superar la existencia física de una persona natural, o la mutación jurídica en ciertas sociedades, genera un cambio en los titulares de la relación jurídica debatida, por lo que, para evitar la extinción del proceso, se produce este fenómeno de la sucesión⁶⁵¹. Esta posición guarda relación con la idea de causahabiente. En este concepto van contenidos quienes

⁶⁴⁷ *Ibíd.*

⁶⁴⁸ Art. 8 CPC: “El gerente o administrador de sociedades civiles o comerciales, o el presidente de las corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica, se entenderán autorizados para litigar a nombre de ellas con las facultades que expresa el inciso 1° del artículo anterior, no obstante, cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación.”

⁶⁴⁹ Art. 43 CC: Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador.

⁶⁵⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La sucesión procesal o cambio de partes en el proceso civil. *Ius et Praxis*. Vol. 17. N°. 1, 2011. p. 263.

⁶⁵¹ CORTES DOMINGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor. *Op. Cit.* p. 79. En el mismo sentido RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *La Sucesión Procesal*. Hispano Europea. Barcelona. 1974. pp. 2-3. Se encuentra regulado en los artículos 16, 17 y 18 de la LEC.

han sucedido a título universal, como los herederos de un causante que comparecen a continuar el ejercicio de su derecho en juicio o ejercen en él un interés que pertenecía a éste⁶⁵²; pero, asimismo, quienes le han sucedido a título singular, es decir, respecto exclusivamente de los derechos o intereses jurídicamente relevantes que son objeto del juicio.

Respecto de los causahabientes universales no existe ninguna novedad respecto a las disposiciones civiles, toda vez que los herederos representan al causante en todos los derechos y obligaciones transmisibles⁶⁵³, de manera tal que tiene derecho a continuar en su calidad de representantes si es que el proceso estuviera pendiente, y, por otro lado, les serán plenamente oponibles los efectos de la cosa juzgada si éste estuviere concluido⁶⁵⁴.

En la legislación española la introducción del numeral 3 en el artículo 222 de la LEC2000 supuso el reconocimiento expreso del efecto de cosa juzgada respecto de sucesores a título universal, herederos y causahabientes, permitiendo sostener, al igual que como se hace en este trabajo, que dichos sucesores son representantes del causante en tanto coloque a los litigantes en la misma situación jurídica que al causante, es decir, en palabras de TAPIA, cuando los primeros ocupan la posición jurídica que ostentaban los segundos⁶⁵⁵.

Respecto de los causahabientes a título singular se refiere principalmente a la cesión de los derechos litigiosos regulados en el Código Civil, por el cual un tercero adquiere el derecho respecto del evento incierto de la litis. En este caso, lo que ocurre es que existe una verdadera sustitución física, mas no existe un cambio de calidad ni posición procesal, simplemente el juicio continuará con un sujeto, el cesionario, como demandante, afectándole los resultados del juicio, incluyendo el efecto de cosa juzgada, en los mismos términos en los que se habría visto afectado el cedente⁶⁵⁶.

⁶⁵² Véase, COUTURE, Eduardo. Op. Cit. p. 424.

⁶⁵³ Artículos 951 y 1097 Código Civil chileno. Art. 661 y 882 del Código Civil español.

⁶⁵⁴ En ese sentido De la Oliva ha sostenido que se soportan los efectos procesales en términos análogos a como los sucesores (herederos) soportan los resultados económicos pese a no haber participado de esos negocios. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 197

⁶⁵⁵ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 178

⁶⁵⁶ Sentencia Corte Suprema de Chile, 7 de julio de 2016, Rol 18841-2015. Considerando Séptimo. *“Que lo antes constatado descarta a su vez las pretensiones de la mandataria de sustituirse procesalmente al mandante por tener la calidad de heredera, pues si bien es su cónyuge, para que opere la sucesión procesal*

En general, es posible sostener que los casos de sucesión procesal no son procesalmente cambios en las partes litigantes, solo las personas físicas que comparecen, pero que respecto de las reglas de la cosa juzgada están sujetos a los principios generales en los mismos términos que las partes originales.

d) Litisconsorcio (intervención forzada de parte): En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 21 a 24 del CPC es posible establecer que, en muchos casos, es procedente la intervención de más de una parte en calidad de demandado o demandante⁶⁵⁷. Es así que la enunciada regulación se encarga de normar la intervención forzada de partes, aludiendo a todos aquellos casos en que sujetos, *prima face*, calificados como terceros, deberán comparecer en la calidad de partes directas o indirectas, según el interés que ejerzan serán considerados terceros independientes, coadyuvantes o excluyentes. Por lo antes referido, huelga señalar que quedan sujetos a los resultados del juicio y el efecto de cosa juzgada de la sentencia en virtud de lo dispuesto en el art. 24 que señala *“las resoluciones que se dicten en los casos de los artículos anteriores producen respecto de las personas a quienes dichos artículos se refieren los mismos efectos que respecto de las partes principales”*

La intervención forzada de partes, como lo es la que se está comentando, supone un mecanismo de protección presente en prácticamente todas las legislaciones. Así, en España se trata del denominado litisconsorcio pasivo necesario⁶⁵⁸, por el cual se emplaza a todos quienes pudieren tener un interés en el resultado del pleito. Se construye como un mecanismo de doble protección⁶⁵⁹. Por una parte, se protege el interés individual de los sujetos a quienes el resultado del juicio podría afectar, permitiéndoles comparecer para el legítimo ejercicio de sus derechos⁶⁶⁰, de forma tal que se pueden prever o evitar los “consiguientes efectos de cosa juzgada, a

resulta indispensable que la transmisión o transferencia del derecho litigioso que es objeto del juicio se produzca después de producida la litispendencia”

⁶⁵⁷ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Thomson Reuters. Santiago. Tomo IV. 2017. p. 263.

⁶⁵⁸ “En el litisconsorcio necesario se trata, en esencia, de una única relación sustancial para los varios sujetos, que en sede jurisdiccional necesita el concurso de los mismos "a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos" ROMERO SEGUÉL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Op. Cit. p. 264.

⁶⁵⁹ GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Op. Cit. p. 164.

⁶⁶⁰ Como bien señala ZARZALEJOS: “El litisconsorcio pasivo necesario se divide a su vez en litisconsorcio pasivo necesario propio e impropio. El primero se da cuando al sujeto le puede afectar de forma directa la sentencia mientras, en el segundo, se da una “situación de inescindibilidad de la relación o situación jurídica litigiosa” ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 502.

alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse”⁶⁶¹. Por otro lado, el sistema de justicia contempla este mecanismo para proteger y evitar, a nivel general, la dictación de sentencias que pudieren ser contradictorias, socavando la coherencia y consistencia del sistema⁶⁶². El carácter necesario, en el derecho español de este litisconsorcio se aprecia en que, en caso de no verificarse, no se entenderá válidamente constituida la relación jurídico-procesal⁶⁶³.

2.2.1.2.4 Excepciones al efecto inter partes de la cosa juzgada, efecto ultra partes

Cuando se habla de efectos *ultra partes* de la cosa juzgada la literatura se enfrenta a uno de los temas de mayor complejidad conceptual en lo referido a la *res judicata*. Es así, que la regla general del efecto *inter partes* puede abordarse desde una doble perspectiva. Se trata, en primer término, de casos específicos en los que el legislador, por motivos de eficiencia, política pública o incluso algún criterio de raigambre material, ha decidido extender por mandato expreso los efectos de la cosa juzgada a terceros que no han formado parte del proceso, incluso con una extensión *erga omnes*. Estos casos, generalmente taxativos en la ley, si bien merecen detención en su estudio, no estriban en una construcción teórica particularmente compleja desde el punto de vista de este trabajo, toda vez que, analizados pormenorizadamente, es posible encontrar una justificación específica para ellos. Así, por ejemplo, ocurrirá con las sentencias que se pronuncian sobre el estado civil de una persona, su capacidad y otras materias afines, las que serán analizadas más adelante.

De la misma manera, existirán situaciones limítrofes, en las que la eficacia de la cosa juzgada desborde a las partes que han comparecido al proceso en el que ésta se origina, pero que, dada la vinculación material entre las relaciones jurídicas de terceros con alguna de las partes, éstos terceros se verán de todos modos afectados por aquella.

Con todo, la mayor complejidad viene dada por la necesidad de explicación que surge respecto a la vinculación que la cosa juzgada, como efecto o resultado de un proceso,

⁶⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 9037/ 2000, Octubre 10, 2000.

⁶⁶² Ibid. En contra de esta idea se manifiesta Montero Aroca, quien sostiene que la justificación de la existencia de reglas relativas al litisconsorcio pasivo necesario no guarda relación con las sentencias contradictorias ni la protección de los efectos de la cosa juzgada, sino más bien con lo que él denomina “inescindibilidad de las relaciones jurídico materiales”. MONTERO AROCA, Juan *et al* . Op. Cit. p. 90.

⁶⁶³ De acuerdo a lo dispuesto por el art. 12-2 de la LEC/2000 que reza: “2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

puede provocar en sujetos que no han participado de éste, y que no se encuentran previstos en una excepción o regla especial por parte del legislador. Estas situaciones, de mayor ocurrencia práctica de lo que la regulación normativa suele hacer mella, obliga a teorizar sobre unos de los aspectos más discutidos en la doctrina continental respecto al efecto reflejo de las sentencias, en una concepción incluso más amplia que las reglas de preclusión y cosa juzgada.

2.2.1.2.4.1 Marco conceptual de los efectos directos y reflejos de la sentencia y su relación con el efecto *ultra partes* de la cosa juzgada

Dentro de las relaciones jurídicas es habitual, incluso necesario, que los intereses de los individuos se interrelacionen entre sí, conformando una red que compone el tráfico jurídico. Como expresaba PEREIRA:

"las relaciones jurídicas no existen aisladas, sino que hay entre ellas lazos que las vinculan o conectan, en forma tal, que la decisión sobre una determinada relación jurídica puede influir en la existencia o inexistencia de otra relación conexa o dependiente de ella. Es por eso que una sentencia pueda afectar a terceras personas que han sido parte en el juicio, en cuanto sean titulares de relaciones jurídicas conexas o subordinadas a las que han sido deducidas y resueltas en el proceso"⁶⁶⁴.

A este respecto, como ha señalado ROSENDE, se ha teorizado desde una perspectiva históricamente dispersa, y muchas veces equivocada⁶⁶⁵. Se trata de que la sentencia como acto público de manifestación de voluntad estatal produce una serie de efectos⁶⁶⁶, dentro de los cuales el más comúnmente tratado es, precisamente, el de cosa juzgada, pero que no se agotan en ésta, toda vez que el fallo proyecta su eficacia no solo en el entendido del supuesto preclusivo de la adjudicación respecto de las partes, sino que inevitablemente tiende a afectar a sujetos diversos cuyas relaciones jurídicas no son completamente independientes y aisladas de las demás, sino que se hayan en un "fenómeno de interrelación de distintas relaciones en la realidad jurídica"⁶⁶⁷, toda vez que el tráfico jurídico se nutre de un entramado de relaciones interdependientes entre diversos sujetos de derecho en las que los efectos respecto de alguna de esas relaciones jurídicas repercute respecto de los demás de alguna u otra forma⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ PEREIRA ANABALON, Hugo. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 58.

⁶⁶⁵ ROSENDE VILLAR, Cecilia. Efectos directos y reflejos de la sentencia. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28. N° 3. 2001. p. 490.

⁶⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁶⁸ *Ibíd.* Para ejemplificar, se suele mencionar como afecta al fiador la sentencia dictada en contra del deudor principal, o la afectación respecto de un acreedor que está pendiente de su pago ante la sentencia que embarga y liquida los bienes de su deudor.

Durante la evolución de la literatura más influyente respecto de la cosa juzgada es posible distinguir dos momentos, asociados a dos escuelas de pensamiento, que han intentado explicar cómo es que los efectos de la sentencia pueden afectar sujetos y relaciones ajenas más allá de quienes han sido partes. Estos momentos son la influencia de la doctrina clásica italiana, primero, y luego la noción de la escuela germana e italiana contemporánea.

Típicamente para la doctrina italiana clásica el gran efecto de las sentencias, incluso considerable como el único, era el efecto de la cosa juzgada, de manera tal que toda eficacia que derivara de ella tenía su explicación en este concepto, se trataba, en consecuencia, de diversos efectos de la cosa juzgada, que englobaba bajo su construcción teórica todo aquello que proyectaba la sentencia, tanto respecto de las partes como respecto de terceros. De esa manera era posible hablar de efectos de la cosa juzgada respecto de las partes y “efectos de la cosa juzgada respecto de terceros”⁶⁶⁹.

La doctrina alemana, comprendiendo una noción más propia del derecho sustantivo, comienza a distinguir los efectos directos y reflejos de la sentencia, sosteniendo que la cosa juzgada, si bien relevantísima, no permite explicar con suficiencia todas las incidencias que la sentencia tiene respecto de las relaciones jurídicas de terceros. En ese sentido WACH, siguiendo las enseñanzas de VON IHERING en el derecho civil⁶⁷⁰, constató que la dictación de una sentencia producía una serie de efectos involuntarios, que afectaban la realidad jurídica de forma refleja, generando derechos, destruyendo o restringiendo el goce de éstos, o funcionando como una fuente de obligaciones. Esta afectación, entonces, no podía justificarse en el efecto de cosa juzgada, ya que este solo, por definición, afectará a quienes hayan formado parte del proceso, sino que era una consecuencia la circunstancia misma de la dictación de la sentencia, introduciendo el concepto de sentencia como hecho.

⁶⁶⁹ ALLORIO, Enrico. Op. Cit. p. 106.

⁶⁷⁰ Célebre resulta la cita a von Ihering por la cual sostiene la analogía con el mundo de la fisiología. Explica este autor que los actos jurídicos, típicamente los contratos, producen efectos específicos, voluntarios y queridos respecto de las partes que concurren a su perfeccionamiento. Sin embargo, al igual que en la fisiología, un determinado acto produce consecuencias indirectas o reflejas respecto de otras estructuras del mismo cuerpo, las que son generalmente involuntarias y no buscadas con la causa del acto original. A su juicio, en la realidad jurídica, como en los organismos fisiológicamente relevantes, se producen dos tipos de efectos, los buscados como efectos con la causa de un acto y los indirectos, que tienen como características distintivas ser completamente involuntarios (como sinónimos de no específicamente buscados) y la falta de coincidencia entre el lugar donde se produce el acto de estimulación y el lugar donde éste produce la mencionada reacción refleja. IHERING, Rudolph von. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Ed. Jena : G. Fischer. 1893-1896. p. 79 y ss.

La concepción de la sentencia judicial como un hecho, y su eventual diferencia categorial con un acto, no estuvo siempre clara en la doctrina española, sin perjuicio de existir, durante la primera mitad del siglo XX una distinción incipiente en algunos autores. GÓMEZ ORBANEJA, diferencia la efecto jurídico-material del efecto mismo de la cosa juzgada (en las sentencias estimatorias)⁶⁷¹, el autor denomina efectos colaterales a aquellos que afectan relaciones que exceden las de las partes en el proceso. Agrega, que estos efectos colaterales no son producto de las premisas de la sentencia, ni se relacionan necesariamente con su contenido, de manera tal que sus límites objetivos y subjetivos no son reconducibles a los de la cosa juzgada, sino que se determinaran en función de lo que del derecho sustantivo determine como alcance de la sentencia como hecho jurídico⁶⁷². En el mismo sentido, GUASP postula la existencia de una eficacia jurídico-material indirecta o refleja, los que define como “los que origina un supuesto cualquiera prescindiendo de su finalidad específica y definida; de un modo, por así decirlo, tangencial y oblicuo”⁶⁷³, de forma tal que estos efectos existirán siempre que los resultados de un proceso, fácticamente considerados, altera o repercute relaciones jurídico-materiales ajenas. Sostiene, además, que esta eficacia refleja tiene la dificultad de ser calculada, toda vez que escapa al control del objeto del proceso propio de la cosa juzgada *inter partes*, y que resulta involuntaria al objetivo tenido en cuenta por el sentenciador al fallar⁶⁷⁴.

Con todo, la construcción bicéfala de sentencia como hecho y como acto es palmariamente reconocible en la doctrina de CARNELUTTI, quien sostiene que la sentencia puede concebirse, desde la perspectiva de sus efectos, en un doble cariz. Se trata de un acto jurídico procesal voluntario ejercido por el órgano jurisdiccional con el objetivo de poner fin a la controversia que las partes han sometido a su conocimiento, posee efectos delimitados objetivamente por el contenido del objeto del proceso y un alcance subjetivo constreñido a las partes que han participado de él⁶⁷⁵. Por otro lado, puede concebirse como un hecho jurídico, la producción de una alternación del mundo que tiene consecuencias jurídicas involuntarias no buscadas o previstas por el ente adjudicador y que repercute de forma indirecta en relaciones jurídicas más o menos dependientes de aquella que ha sido

⁶⁷¹ GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Op. Cit. p. 304.

⁶⁷² Ibid.

⁶⁷³ GUASP DELGADO Jaime. Op. Cit. p.510.

⁶⁷⁴ Ibid.

⁶⁷⁵ LIEBMAN, Enrico. Eficacia ed autorità..Op. Cit. p. 25.

objeto del proceso en el que dicha sentencia se ha dictado.⁶⁷⁶ El alcance de dichos efectos no puede ser determinado con precisión como ocurre con el efecto de la cosa juzgada, sino que la sentencia como hecho jurídico se integra en el supuesto de hecho de aplicación de una norma de las que derivan efectos reflejos, indirectos o colaterales y cuyo contenido y alcance será diverso en cada caso según la norma a cuyos supuestos de hecho se integre la sentencia⁶⁷⁷.

Se ha señalado que quien más ha aportado a la comprensión diferenciada de los efectos de la sentencia en cuanto a la cosa juzgada y los efectos reflejos indirectos ha sido ENRICO LIEBMAN, a través de su revisita al concepto mismo de cosa juzgada, su justificación y alcances. Para el autor italiano lo que debe diferenciarse de forma prístina, y que ha sido mencionado anteriormente en este trabajo⁶⁷⁸, es la división entre efectos de la sentencia y la cualidad o cualidades de dichos efectos⁶⁷⁹. LIEBMAN sostiene que la cosa juzgada no es un efecto de las sentencias, sino una cualidad de dichos efectos, por lo tanto, circunscribe la cosa juzgada a ser una, pero no todas, las consecuencias de la sentencia, permitiendo un desglose conceptual de los efectos de la sentencia que supere el corsé de la *res judicata*⁶⁸⁰. De esta manera sostiene que existen efectos de la sentencia que no son explicables bajo el manto conceptual de la cosa juzgada, la que existe exclusivamente entre las partes, de forma tal que lo que en realidad puede afectar a terceros con relaciones jurídicas conexas o dependientes son los efectos de la sentencia (en si misma) como acto de autoridad estatal, no los “efectos de la cosa juzgada” propiamente tal⁶⁸¹.

Lo anterior, quiere decir que si la cosa juzgada no es un efecto propiamente tal de la sentencia, sino que una cualidad de algunos de esos efectos, y lo que alcanza a terceros

⁶⁷⁶ ROSENDE VILLAR, Cecilia. Op. Cit. p. 494. CALAMANDREI, Piero. Apunti sulla sentenza come fatto giuridico. Rivista di Diritto Processuale Civile. 1932. p. 15 y ss. En contra se manifiesta DÍAZ CABIALE, quien sostiene de forma categórica que la sentencia es siempre, y en todo caso y supuesto, un acto y no meramente un hecho. Arguye que dicha diferenciación es inexacta pues no es posible que la naturaleza jurídica de una institución se determine en función de sus consecuencias, es decir, si los efectos son directos será X (acto) y si los efectos son reflejos será Y (hecho), tal cosa, sostiene, sería confundir la causa con el efecto, y atribuir naturaleza jurídica en función de la percepción subjetiva de quien sufre los efectos de ésta. En segundo término, sostiene que la distinción provoca una suerte de “esquizofrenia o bipolaridad incompatible con la lógica”, toda vez que la “voluntariedad” del acto no queda claro en cuanto a su origen, siendo indeterminado si corresponde a la voluntad del juez, de las partes o del propio legislador. DÍAZ CABIALE, José. La eficacia material y procesal de la sentencia más allá de la cosa juzgada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. pp. 57-59.

⁶⁷⁷ *Ibíd.*

⁶⁷⁸ Véase *supra* Parte Primera 1.4.3

⁶⁷⁹ LIEBMAN, Enrico. Eficacia y autoridad. Op. Cit. p. 23.

⁶⁸⁰ *Ibíd.* p. 30

⁶⁸¹ En contra, véase ALLORIO, Enrico. Op. Cit. pp. 90-106.

que no hayan sido parte en el proceso es alguno de los efectos de la sentencia, no es la cosa juzgada lo que los afecta.

En este mismo sentido, la literatura reciente ha sostenido, como lo hace DÍAZ , que lo que debe distinguirse son todos los efectos de la sentencia, dentro de los cuales es posible diferenciar efectos materiales, por un lado, y procesales, por el otro. A diferencia de LIEBMAN, la cosa juzgada, sería uno de esos efectos procesales, mas no el único. La diferencia con el resto de la literatura que le antecede estriba en que se pone el acento en que la sentencia produce consecuencias en lo que sería la realidad jurídica material, una cuestión que desborda los efectos que el derecho procesal busca y regula de las sentencias⁶⁸². Así, lo que las partes quieren al momento de promover un litigio no es el efecto mismo procesal de la sentencia, graficado típicamente en la cosa juzgada, sino que la consecuencia material de su pretensión, que se le entregue la cosa debida, se determine un daño al que tiene derecho y se condene al deudor a su pago, es decir la eficacia material sería “subjektivamente, lo que las partes buscan al recurrir al tribunal”⁶⁸³.

Esta eficacia material sería, entonces, la afectación de la realidad jurídica a través de su impacto en relaciones jurídico-sustantivas. Esta eficacia material, además “no necesitaría ninguna institución procesal específica, es el correlato o consecuencia natural del ejercicio de la potestad jurisdiccional: la afirmación del derecho efectuada por el tribunal se proyecta en el plano material porque en eso estriba el contenido de dicha potestad”⁶⁸⁴.

En el contexto de esa eficacia material, sería posible distinguir entre eficacia directa y eficacia refleja, siendo esta última la que afectaría las relaciones jurídicas interrelacionadas de terceros⁶⁸⁵. Sin embargo, el hecho que esa eficacia material se pueda hacer valer en procesos ulteriores en los que intervienen terceros ajenos al primer fallo hace necesario que exista eficacia procesal a su respecto, una eficacia que permite salvaguardar dichos efectos materiales en un ulterior proceso, y que, como se ha explicado, no es el efecto mismo de la cosa juzgada, sino lo que este autor denomina eficacia procesal reducida⁶⁸⁶. Esta eficacia procesal reducida es concebible como uno de

⁶⁸² Esta noción de afectación de una realidad material, descartada por el autor, da cuenta de los resabios de la influencia de las teorías materiales de la cosa juzgada vistas *supra* 1.4.1

⁶⁸³ DÍAZ CABIALE, José. Op. Cit. p. 60.

⁶⁸⁴ *Ibid.* p. 37.

⁶⁸⁵ DÍAZ CABIALE, José. Op. Cit. pp. 96-98.

⁶⁸⁶ *Ibid.* p. 96.

los efectos procesales de la sentencia, distintos de la cosa juzgada, por el cual es posible vehiculizar hacia un segundo proceso la eficacia material de la sentencia, entendida como:

“aquella eficacia procesal que proyecta el fallo sobre sujetos que son titulares de situaciones jurídicas vinculadas en relación de dependencia, prejudicialidad con el objeto debatido, de suerte que por haber resultado ajenos -al menos uno de ellos- al pleito, no pueden ser alcanzados por la eficacia procesal (máxima) de la cosa juzgada, pero a la vez no cabe que desconozcan la existencia y contenido del primer pronunciamiento”⁶⁸⁷

Recapitulando, corresponde señalar, en consecuencia, que las sentencias judiciales surten una serie de efectos que van más allá de la cosa juzgada. A diferencia de lo que originalmente se ha creído, los efectos derivados de la dictación de una sentencia poseen diversas entidades atendiendo el origen o causa y a quienes afectan. De esa manera, la cosa juzgada es uno, de los efectos de la sentencia, lo que LIEBMAN entiende como un mero atributo o cualidad de otros efectos, que permite la inalterabilidad de lo resuelto respecto de las partes. Asimismo, existen otros efectos de la sentencia calificables como indirectos, reflejos o colaterales que perfectamente, y de hecho así ocurre, afectan a terceros en tanto tengan relaciones jurídicas subordinadas o dependientes de aquella que se ha discutido y adjudicado en el proceso en el que se da origen a la cosa juzgada. De suyo, entonces, huelga señalar que no es posible hablar en propiedad de verdaderos efectos de la cosa juzgada respecto de terceros -salvo casos en que el legislador le ha dado tales efectos específicamente por motivos de orden público- sino de efectos de la sentencia respecto de dichos terceros.

2.2.1.2.4.2 Caracterización de los efectos reflejos o indirectos

Los efectos reflejos o indirectos de la sentencia han sido conceptualizados con ciertas características, que merece la pena revisar a continuación.

En primer término, la forma en que la sentencia afecta, o puede afectar a terceros, es diversa, y no es posible de definir apriorísticamente o de forma general. Lo anterior guarda relación con que dichos efectos reflejos, que impactan en relaciones jurídicas dependientes o subordinadas que no han formado parte del proceso, son determinables en función de la norma que sea aplicable al caso concreto, de la cual la sentencia formará parte del supuesto de aplicación⁶⁸⁸. Es decir, la entidad del efecto o lo invasivo que sea respecto de terceros estará dado, en cada caso, por la ley que rige dicha relación del tercero

⁶⁸⁷ *Ibíd.*

⁶⁸⁸ ROSENDE VILLAR, Cecilia. *Op. Cit.* p. 495.

o la conexión lógico-jurídica que exista entre su relación y aquella pretérita que ha sido objeto de adjudicación en el proceso.

De la misma manera, no es posible contener o delimitar estos efectos, es decir, no es posible medirlos mediante los mismos límites aplicables a los efectos directos, típicamente la cosa juzgada derivada de la sentencia. Los efectos directos son teóricamente contenibles en los límites objetivos y subjetivos propios del proceso, a saber, el objeto del proceso, la causa de pedir y las partes (en el concepto amplio de quienes hayan participado original o sobrevenidamente en él); pero los efectos reflejos, derivados de su dificultad en la determinación escapan a esta limitación conceptual, y sus límites objetivos y subjetivos quedaran supeditados, nuevamente, al tipo específico de relación que tengan los terceros y a su vinculación con la relación previamente adjudicada⁶⁸⁹. De manera tal que serán las normas del derecho material o incluso el propio derecho procesal el que determinará el alcance del efecto entre la sentencia y los terceros.

En tercer término, siguiendo a ROSENDE, que la causa de los efectos indirectos o reflejos es diversa de la de los efectos directos. Éstos encuentran su justificación causal inmediata en la sentencia, la que es vinculante e inalterable una vez que alcanzado el estado de firmeza. Por su parte, para los efectos indirectos la sentencia solo será una fuente mediata, pues la causa directa será la ley que regule o reconozca los efectos de dicha relación jurídica⁶⁹⁰.

Finalmente, corresponderá señalar que los efectos directos, epítome en la cosa juzgada, suelen tener una función profiláctica o prospectiva hacia un segundo proceso. La propia justificación de la existencia de la cosa juzgada como norma de clausura del debate de aquello que ha sido adjudicado supone que en no pueda volver a discutirse en un segundo proceso aquello que se ha resuelto por autoridad jurisdiccional competente. Es decir, los efectos directos tienen como uno de sus habituales supuestos de aplicación la existencia de un segundo proceso en el que se hacen valer los límites de dichos efectos para inhibir la repetición de procesos que resultaren idénticos.

Por su parte los efectos reflejos o indirectos surten sus consecuencias desde la dictación misma de la sentencia, ya que, al no ser los efectos necesariamente buscados o pretendidos por los intervinientes del proceso en el que se resuelve el asunto, será su

⁶⁸⁹ *Ibíd.* Véase también DIAZ CABALE José. *Op. Cit.* p. 59.

⁶⁹⁰ ROSENDE VILLAR, Cecilia. *Op. Cit.* pp. 494-495.

propia existencia la que de origen a estos efectos reflejos, es decir la sentencia como hecho afectará las relaciones subordinadas o dependientes de terceros con autonomía de la existencia de un segundo proceso, no existen para evitarlo, sino que se producen, en términos de FABRINI, como una consecuencia automática⁶⁹¹, a la que para fines de este trabajo podría agregarse que son generalmente autosuficientes, toda vez que produce sus efectos sin necesidad de ulterior proceso o mecanismo especial para hacerlo valer, es decir, la dictación de la sentencia -y su estado de firmeza- supondrá que se ha verificado el supuesto de hecho de la aplicación de una norma jurídica que da reconocimiento, o regula, una relación jurídica dependiente o subordinada de aquella.

2.2.1.2.4.3 Diferencia de los efectos indirectos o reflejos de la sentencia con el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada

En el acápite siguiente de este capítulo se tratará sobre el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, pero para fines de delimitación de los efectos indirectos corresponderá señalar en estos momentos que ambos conceptos deben separarse, por corresponder a cuestiones diferentes, en los términos que se ha venido señalando. Primeramente, el efecto prejudicial de la cosa juzgada se circunscribe, precisamente, a constituir una hebra de la propia cosa juzgada, que como se ha dicho más arriba, constituye el efecto directo por antonomasia de las sentencias judiciales, debiendo diferenciarse de forma tajante, de los efectos indirectos o reflejos de la sentencia, teniendo por reproducidos los motivos teóricos de diferenciación ya esgrimidos con anterioridad en este trabajo.

En ese sentido, se vuelve a hacer evidente la diferencia relativa a la necesidad de un segundo proceso. Quien quiera invocar como cosa juzgada prejudicial o positiva lo decidido en una sentencia anterior lo estará haciendo, indefectiblemente, en el contexto de un segundo proceso, es decir, aquel en el que quiere hacer valer los efectos prejudiciales de la cosa juzgada, mientras que los efectos indirectos, huelga repetir, producen su efectos en forma automática, sin necesidad de ulterior contienda (independiente de que la relación jurídica dependiente o subordinada del tercero pueda eventualmente llegar a judicializarse)⁶⁹². Lo anterior, no debe confundirse con que el efecto reflejo de la sentencia efectivamente tenga una relación de prejudicialidad con la relación jurídica del tercero, en el entendido que supone un antecedente previo y judicial

⁶⁹¹ FABRINI, G. Contributo allá dottrina dell'intervento adesivo. A. Giuffrè. Milano. 1964. p. 164.

⁶⁹² ROSENDE VILLAR, Cecilia. Op. Cit. p. 496.

que forma parte del supuesto de existencia o eficacia de esa relación, tal como se examina a continuación. Como señala ALLORIO esta prejudicialidad entre relaciones jurídicas es, precisamente, lo que suele explicar la influencia de la sentencia frente a terceros⁶⁹³, tratándose de un concepto eminentemente lógico que explica, precisamente, la prioridad lógica de una decisión por sobre otra⁶⁹⁴.

2.2.1.2.4.4 Contenido específico de los efectos indirectos o reflejos de la sentencia

Como señala ROSENDE, el contenido de los efectos reflejos o indirectos de la sentencia puede sistematizarse respecto de los terceros de mediante dos importantes consecuencias.

- a) **Prejudicialidad:** La dictación de una sentencia puede tener efectos respecto de un tercero en forma autónoma y automática cada vez que este tercero sea titular de una relación jurídica respecto de la cual la sentencia que se ha dictado tenga un rol condicionante, o, mejor dicho, haya estado condicionada “en algún elemento a una relación jurídica ajena”⁶⁹⁵. No resulta difícil comprender que no existe respecto de ellos una afectación directa en función de que no ha sido su propia relación jurídica la que constituido parte del proceso en el que se ha dictado la sentencia, se trata, como señala ROSENDE, de una cosa juzgada o inmutabilidad ajena, que no les alcanza como tal⁶⁹⁶. Sin embargo, ello no quiere decir que no les afecte en su ámbito jurídico, especialmente en aquellas relaciones jurídicas que se vinculan a la que ha sido decidida en juicio. Se dice, entonces, que “la respuesta judicial obtenida constituye un presupuesto o condicionante de su propia relación jurídica”⁶⁹⁷, de manera tal que, como se mencionó *supra*, esta prejudicialidad se entiende en su sentido etimológico más esencial, es decir, en la existencia de un juicio previo, que condiciona o determina su propia relación jurídica⁶⁹⁸.

Quien de mejor manera lo ha explicado es ALLORIO, quien ha sostiene que, si se entiende el funcionamiento de las normas jurídicas, se entenderá claramente esta prejudicialidad. Las normas funcionen mediante la atribución de efectos jurídicos

⁶⁹³ ALLORIO, Enrico. Op. Cit. p. 66

⁶⁹⁴ Ibid.

⁶⁹⁵ GONZALEZ MONTES, José. Diferencia entre cosa juzgada y otros efectos de la sentencia. Cuadernos de Derecho Judicial. GGPJ. N°25. 1995. p. 119.

⁶⁹⁶ ROSENDE, Cecilia. Op. Cit. p. 498.

⁶⁹⁷ MENESTRINA, Francesco. La pregiudiziale nell processo civile. Ditta editrice di corte e d'università Manz. Vienna. 1904. p. 11.

⁶⁹⁸ Por ejemplo, el fiador se verá afectado respecto del proceso seguido en contra del deudor principal. Asimismo, los efectos de una nulidad judicialmente declarada permiten reivindicar la cosa respecto de terceros, sin importar que se encuentren de buena o mala fe. El reconocimiento de la calidad de heredero a un sujeto que originalmente no estaba contemplado en el causal hereditario disminuirá la legítima de cada uno de los herederos originales.

a determinados supuestos de hecho generales y abstractos⁶⁹⁹. No obstante, lo anterior, el derecho -entendido como la norma- puede tomar como presupuesto de su aplicación supuestos que no sean materiales (exclusivamente fácticos) sino también efectos jurídicos y aplicar sobre estos, sus propios efectos previstos normativamente. Es decir, la aplicación de consecuencias jurídicas sobre presupuesto jurídicos. En este caso la decisión de un primer proceso cumple un rol prejudicial pues cimenta el supuesto jurídico sobre el cual una norma atribuye efectos jurídicos, que en el caso presente será la norma que regule la relación jurídica del tercero⁷⁰⁰. Lo anterior, según este autor puede resumirse en la expresión “aquella relación jurídica que hace parte del supuesto de otra relación jurídica”⁷⁰¹.

Con todo, esta prejudicialidad no significa ni es sinónimo de inamovilidad, precisamente porque no es el efecto directo el que atañe al tercero titular de esta segunda relación jurídica, ya que, como se ha sostenido en la literatura, tendrá derecho a impugnar lo que estime pertinente de relativo a su relación jurídica que ahora se ve afectada, creada, modificada o extinguida⁷⁰², producto de lo resuelto entre las partes del primer proceso.

En otras palabras, todos aquellos términos que tengan su propia relación jurídica con la que ha sido objeto del proceso adjudicado entre las partes podrán ser legítimamente impugnados o discutidos, en caso de ser necesario por parte del tercero en un proceso judicial, el que no será, en caso alguno una repetición del primero, sino el ejercicio legítimo del interés del tercero por obtención de tutela jurídica para la reivindicación de dicha relación jurídica. Incluso, de acuerdo a la literatura sustantiva, podría hacer valer circunstancias impeditivas, en calidad de excepciones, que podrían haber sido interpuestas por el demandado original en el proceso que da origen a la sentencia de cuya eficacia refleja se habla⁷⁰³. A esta

⁶⁹⁹ ALLORIO, Enrico. Op. Cit. p. 67.

⁷⁰⁰ *Ibid.* pp. 67-68.

⁷⁰¹ *Ibid.* p. 68. MENESTRINA, Francesco. Op. Cit. p. 13. Piénsese como ejemplo la sentencia judicial firme que declara la existencia de un contrato, cuyo pago permanece pendiente. Dicha declaración entre A y B reconoce la calidad de acreedor de A, quien podrá concurrir con derecho a voto a una instancia concursal preventiva atendida su calidad -de acreedor- reconocida judicialmente.

⁷⁰² GRANDE SEARA, Pablo. Op. Cit. p. 119.

⁷⁰³ En este caso piénsese en la relación de un fiador respecto de un deudor principal y su acreedor para el caso que la obligación, y la garantía que le es accesoria, hayan sido perfeccionadas mediante coacción o dolo como vicios de voluntad. Si el demandado original no ha interpuesto la respectiva excepción de nulidad relativa, y se dicta sentencia estimatoria en la que se entiende que debe una cantidad de dinero de 100, esa

fenómeno llama LIEBMAN la desaplicación de la sentencia respecto del tercero, a saber, la defensa que hace el tercero a quien le afectan los efectos reflejos o indirectos de dichas consecuencias en un proceso propio, en el que hacer valer sus propias pretensiones o defensas y en el que interviene en calidad principal⁷⁰⁴.

b) Imposibilidad de ejecución respecto del tercero: La misma razón esgrimida durante los acápites anteriores, relativa al efecto *inter partes* de la cosa juzgada, sirve aquí como abono de fundamento. Los efectos directos de la sentencia, típicamente la *res judicata*, son plenamente oponibles respecto de terceros, pero los supuestos de esta afectación directa son excepcionales, lo ordinario será que éstos solo se vean afectados por los efectos reflejos o indirectos de la sentencia en función de que no han participado en el proceso en el que se da origen a la sentencia -principio de audiencia-, y por lo tanto ésta, como acto jurídico vinculante, no les es oponible. De esa manera, uno de los efectos naturales de las sentencias, típicamente las originadas en tutelas de condena, es la ejecución de lo fallado. Sin embargo, esta ejecución mediante el uso del poder coercitivo de los tribunales no podrá realizarse en contra de un tercero, precisamente porque estos terceros son titulares de una relación jurídica que, si bien puede ser dependiente o condicionada, es distinta a la que ha sido resuelta, no pudiendo fundarse en ella un título que permita su ejecución forzada, toda vez que el mandato que se contiene en la sentencia se dirige a quienes han sido parte y no respecto del tercero⁷⁰⁵.

2.2.1.2.5 Eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada

Por motivos metodológicos hemos decidido dejar para el final de este apartado aquellos casos en que la extensión de los efectos de la cosa juzgada alcanza a todo tipo de sujetos,

sentencia produce de forma automática efectos respecto del tercero fiador, toda vez que ahora que se ha determinado la existencia de la obligación principal deberá responder subsidiariamente si el deudor no concurre al pago de la deuda. En este caso, en el evento de dirigirse el cobro subsidiario contra el fiador ante el evento de la mora del deudor parece del todo razonable permitirle al fiador, original tercero ajeno y ahora parte directa en calidad de demandado, oponer la excepción de nulidad fundada en el vicio de voluntad respectivo.

⁷⁰⁴ LIEBMAN, Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Santis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires. 1980. p. 603.

⁷⁰⁵ A este respecto, en el CPC chileno, en el marco de los procesos de ejecución de resoluciones judiciales, existe la excepción de “no empecer la sentencia” que puede invocar como mecanismos de defensa el ejecutado cuando se intenta hacer efectiva sobre un tercero. Art. 234 “El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días”.

no solo aquellos terceros que tengan una relación jurídico-lógica dependiente o subordinada con aquella resuelta en juicio, sino que, respecto de todo tipo de terceros, se trata de sentencia que, por mandato expreso del legislador, y en los casos por éste previstos, tienen eficacia de cosa juzgada *erga omnes*. Como señala DÍAZ CABIALE son casos en que la cosa juzgada tiene “efectos frente a todos”, principalmente en atención al interés público que subyace al asunto⁷⁰⁶. En términos similares la doctrina chilena ha considerado que se trata de casos de “cosa juzgada absoluta”⁷⁰⁷.

Uno de los ámbitos de mayor aplicación de este fenómeno de efectos absolutos de la sentencia ocurre con ocasión de sentencias de tutela constitutiva relativas al estado civil de las personas, comprendiendo dentro de la voz “estado” también la capacidad para el derecho civil⁷⁰⁸. Así, cuando un tribunal competente ha declarado el divorcio entre los otrora cónyuges, los efectos de la constitución de ese nuevo estado civil, divorciado, es oponible a todos los miembros de la sociedad, tengan o no algún tipo de vinculación con las partes que han participado del proceso que ha disuelto el vínculo matrimonial. De la misma manera, las sentencias constitutivas que fallan acciones relacionadas con la filiación tienen efectos *erga omnes*, toda vez que el legislador ha dado un mandato por el cual el estado civil y estatuto jurídico filiativo (de padre, madre o hijo/a) debe ser respetado por toda la sociedad⁷⁰⁹.

Tal es el caso de lo dispuesto en el art. 315 CC, que de forma clara señala los alcances de la sentencia de filiación al expresar:

“El fallo judicial pronunciado en conformidad con lo dispuesto en el Título VIII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea” (énfasis añadido)

De forma similar trata este tipo de materias la ley procesal española que en el art. 222 numeral 3 inciso segundo de la LEC que señala:

⁷⁰⁶ DÍAZ CABIALE, José. Op. Cit. p. 118.

⁷⁰⁷ STOEHLER MAES, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 248. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Manual de derecho procesal. Tomo III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 129.

⁷⁰⁸ En lo relativo a relaciones de familia se suele mencionar explícitamente la necesidad de otorgar certeza del estado de las relaciones de familia por motivos de orden público. Como señala Alsina “el principio de la finalidad del orden público a que tienden todas las cuestiones que afectan a la familia, por lo cual deben ponerse al abrigo de sentencias contradictorias” ALSINA, Hugo. Op. Cit. pp. 144-147.

⁷⁰⁹ STOEHLER MAES, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 248.

“En las sentencias sobre el estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.”

Sin perjuicio de lo anterior, existe discusión en torno a que, en estos casos, todos específicos y con normas expresas, lo que existe realmente no es el efecto erga omnes de la *res judicata*, sino que lo que tiene eficacia respecto de todos es la sentencia estimatoria constitutiva de dicho estado⁷¹⁰. Por su parte, otros, como SERRA han llegado a plantear que lo que en realidad es extensivo *erga omnes* es el valor público registral en el que se suelen inscribir este tipo de sentencias, mas la cosa juzgada material permanece *inter partes*⁷¹¹, toda vez que resulta habitual que la ley sustantiva le de eficacia respecto de todos desde que ha quedado firme dicha inscripción⁷¹².

2.3. EFECTO POSITIVO O PREJUDICIAL DE LA COSA JUZGADA

Como contrapartida del efecto excluyente -o negativo- de la cosa juzgada, se debe ahora tratar el denominado efecto positivo o prejudicial de la *res judicata*. Ambas hebras componen dos facetas de la misma institución y se cimentan en iguales consideraciones de coherencia y consistencia del sistema⁷¹³, como señala RUBIO, aunque se distingan con fines operativos o metodológicos -incluso a nivel legislativo- ambas son manifestaciones igualmente fuertes del mismo efecto⁷¹⁴.

El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, supone la vinculación entre dos procesos mediante el cual el juez no podrá resolver de forma diversa una cuestión o punto litigioso que haya sido previamente adjudicado. Como la ha definido TAPIA:

“La función positiva o prejudicial de la cosa juzgada consiste en la eficacia vinculante para un proceso ulterior de la sentencia firme dictada en uno anterior resolviendo una situación o relación jurídica que, siendo distinta de la que se somete de nuevo a

⁷¹⁰ DÍAZ CABIALE, José. Op. Cit. p. 304.

⁷¹¹ SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Comentarios al Código. Op. Cit. pp. 765 y 766

⁷¹² Ibid. p. 255.

⁷¹³ La denominación de “positiva” y “negativa” ha sido atribuida en las fuentes a Friedrich Ludwing Keller, quien expresaba, en una explicación de la literatura romanística de la cosa juzgada estas funciones. KELLER, Friedrich. Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht. Gessner. Zurich. 1927. p. 222. El autor alemán sostiene, como lo hace también Nieva, que las dos posibilidades de negativa o positiva de la cosa juzgada tienen a evitar la doble litigación mediante el rechazo de la demanda, lo que él denomina “negación de la demanda”. Véase también. NIEVA FENOLL, Jordi. Op. Cit. p. 12.

⁷¹⁴ RUBIO GARRIDO, Tomás. Op. Cit. p. 298. El autor denomina “unitariedad” a la idea de que ambas concepciones o efectos (positivo y negativo) son parte de la misma idea de cosa juzgada (material). TROCKER, Nicolo. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela : sostanziale e garanzie di difesa processuale : profili dell'esperienza giuridica tedesca. Rivista di Diritto Processuale. Vol. 43. N°1. Padova, 1988. p. 56. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La cosa Juzgada. Op. Cit. p. 226. La autora menciona la expresión referida a que ambas son manifestaciones del mismo efecto.

consideración judicial, condiciona la que se hace valer en el nuevo proceso. En otras palabras, significa propiamente que el juez que haya de pronunciarse sobre una relación jurídica que dependa de otra ya resuelta, deberá atenerse a ella”⁷¹⁵.

La idea de esta vinculación va de la mano de la consistencia que se busca exista entre decisiones judiciales, impidiendo la dictación de sentencias contradictorias entre sí cuando no recaen sobre exactamente la misma controversia, pero tienen una conexión en cuanto a los componentes del proceso, de forma tal que la primera sentencia cumple un rol como antecedente lógico-jurídico del segundo litigio⁷¹⁶.

Para la literatura chilena la eficacia positiva, en palabras de ROMERO, sería el efecto que “[...]impide que en un juicio posterior se decida en contradicción con la declaración del derecho que consta en una sentencia anterior –amparada por la cosa juzgada material, siempre que lo resuelto en ese fallo constituya un antecedente lógico-jurídico para resolver la nueva acción deducida en un juicio”⁷¹⁷. Lo anterior va de la mano con lo señalado por DE LA OLIVA, quien menciona que esta función positiva pretende establecer la vinculación entre procesos a través de la conexión de sus objetos, de manera que lo resuelto en juicio se proyecte en una segunda contienda entre las mismas partes, aunque el objeto y la causa de pedir puedan ser distintas⁷¹⁸.

De la misma manera que se examinó con ocasión de los efectos reflejos o indirectos de la sentencia en el apartado anterior, el efecto positivo se relaciona con la prejudicialidad de una sentencia por sobre un segundo proceso. Como señala MONTERO, la cosa juzgada no opera aquí en forma excluyente, sino que condiciona la segunda decisión a lo resuelto en la primera, de ahí que se le denomine prejudicial, es decir, para decidir respecto de una relación jurídica es necesario resolver primero otra (relación jurídica), sin embargo, ésta “ya ha sido decidida en un proceso anterior”⁷¹⁹.

Para otros, como NIEVA, la distinción entre efecto negativo (excluyente) o positivo (prejudicial) de la cosa juzgada resulta un tanto forzosa, incluso innecesaria -o irreal- toda vez que ambas ideas son proyecciones de la misma institución, la cosa juzgada, entendida

⁷¹⁵ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 226. En el mismo sentido ORTELLS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 576.

⁷¹⁶ ROMERO SEGUER, Alejandro. La Cosa Juzgada s... Op. Cit. p. 93. En el mismo sentido lo señala Vallespín “de la conexión de procesos cuando la decisión de uno de ellos es la base lógica-jurídica necesaria para la resolución del otro” VALLESPÍN PÉREZ, David. La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal. CIMS. Barcelona. 2007. p. 23-24.

⁷¹⁷ ROMERO SEGUER, Alejandro. La Cosa Juzgada Op. Cit. p. 93

⁷¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 106. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit., p. 416.

⁷¹⁹ MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 496.

como una regla de prohibición de repetición de juicios⁷²⁰. La única diferencia, sería, a su entender, que la eficacia negativa constituye una prohibición que alcanza la repetición total del proceso, mientras que la eficacia positiva sería una prohibición parcial de nuevo enjuiciamiento⁷²¹.

En la doctrina chilena esta idea ha sido abordada por RIVERO, quien sostiene que la prejudicialidad es un vínculo de dependencia que se manifiesta como un antecedente lógico-jurídico controvertido que, pudiendo por sí construir objeto autónomo de un proceso, debe ser resuelto o tenido en consideración por el juez—en el caso que exista sentencia firme—en forma previa a la decisión de fondo del asunto, en tanto su decisión condiciona o determina el sentido de la sentencia que debe dictarse concediendo o denegando la tutela jurídica solicitada.⁷²²

En consecuencia, la eficacia positiva de la cosa juzgada supone la existencia de una sentencia firme sobre un asunto que mantiene un vínculo de dependencia o conexidad con otro que será sometido a un nuevo proceso, de forma tal que, si en aquel y este se resuelve de forma diferente una misma cuestión común a ambos litigios se genera el riesgo de existencia de sentencias contradictorias.⁷²³

WIENER ha ejemplificado este efecto de la siguiente manera⁷²⁴, tomando como referencia un caso de la jurisprudencia chilena⁷²⁵. En un primer juicio un sujeto A demandó a un sujeto B en materia de justicia laboral invocando que su despido había sido injustificado. El tribunal con competencia en materia del trabajo rechazó la acción estableciendo que el trabajador (A) no había sido despedido, sino que simplemente había renunciado voluntariamente. Transcurrido un tiempo, el mismo sujeto A nuevamente demandó a B, pero esta vez por cobro de prestaciones adeudadas por este último, dado que en su concepto seguía siendo trabajador de B y no se le habían pagado las remuneraciones

⁷²⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. Op. Cit. pp. 11-12.

⁷²¹ *Ibíd.*

⁷²² RIVERO HURTADO, Renée. *Óp. cit.*, p. 92.

⁷²³ *Ibíd.* p. 97.

⁷²⁴ WIENER DEUTSCH, Felipe. Op. Cit. p. 17.

⁷²⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 24 de diciembre de 2012, Rol N° 94-2912 A su vez, en la doctrina española Montero presenta el ejemplo de un proceso en el que se ha declarado la inexistencia de la una servidumbre de paso, y en un segundo juicio se demandan los daños derivados del paso por parte del dueño del predio no sirviente. Señala el catedrático de Valencia que en el segundo proceso deberá partir necesariamente de la no existencia de la servidumbre. MONTERO AROCA, Juan *et al.* ... Op. Cit. p. 496. Por su parte Ortells señala como ejemplo la declaración de validez o nulidad de un contrato respecto del cual luego se reclama su cumplimiento, o la declaración de una relación paternofamiliar para luego requerir una condena de alimentos. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 567.

correspondientes. Finalmente, la Corte de Apelaciones de la Serena rechazó la (segunda) demanda porque en una sentencia anterior se había establecido la renuncia voluntaria del trabajador, dando de esta forma aplicación a la eficacia positiva de la cosa juzgada. En este caso, el tribunal utiliza aquello fallado en la oportunidad pretérita para evitar un segundo pronunciamiento, toda vez que la sentencia del primer juicio estableció la existencia de la relación laboral, su duración o vigencia y su actual estado, extinguida por renuncia. De esta manera, evitó volver a revisar el asunto, con el consiguiente riesgo de la dictación de sentencias irreconciliables y contradictorias entre sí que están basadas en los mismos antecedentes. Con ello la función positiva de la cosa juzgada orbita en función mantener la coherencia respecto del sistema de adjudicación de cuestiones con un objeto procesal conexo, evitando contradicciones, ahorrando recursos y manteniendo las expectativas de certidumbre de las partes.⁷²⁶

Desde la perspectiva de su regulación normativa el efecto positivo ha sido establecido en forma clara en la legislación procesal de solo algunos países⁷²⁷, siendo en el ámbito iberoamericano el caso español el más notable en ese sentido⁷²⁸. Así, la española puede enunciarse como una de las legislaciones en que el reconocimiento expreso del efecto positivo ha sido más clarificador. Lo anterior, puede explicarse debido a la relativa juventud de su proceso civil vigente -desde el 2000 con la LEC-, sin embargo, la reforma mencionada vino a codificar una tendencia que la doctrina y la jurisprudencia habían establecido ya con cierta anterioridad⁷²⁹, lo que permitió el desarrollo de la literatura alrededor del efecto prejudicial de forma fecunda en los últimos años⁷³⁰. De esa manera

⁷²⁶ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 93. En el mismo sentido, RIVERO HURTADO, René. Óp. cit. p. 97.

⁷²⁷ Aunque con tintes anecdóticos es posible rastrear una consagración normativa expresa en el Proceso Civil Soviético, donde al efecto positivo o prejudicial se le denominaba “predeterminación judicial”, entendido como el resultado de una sentencia que se toma como base para la sentencia en otro proceso entre las mismas partes. Art. 249 del Código de Procedimiento Civil de la RSFSR y Art. 28 del Código de Procedimiento Penal de la RSFSR. GURVICH, M. Director. Derecho Procesal Civil Soviético. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1971. pp. 332-334.

⁷²⁸ A diferencia de su contraparte chilena España introdujo el efecto positivo en forma expresa con la entrada en vigencia de la LEC/2000. El artículo 222.4 de la LEC establece que: “*Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*”

⁷²⁹ En ese sentido se pronuncia TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 228. Asimismo, existen notables trabajos en los que se menciona expresamente el efecto positivo con anterioridad a la dictación de la LEC/2000, tales como DE LA OLIVA, Andrés y FERNANDEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. pp. 180-181. CARRERAS LLANASA, Jorge. Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho positivo español. Revista de Derecho Procesal. N°3. 1958. pág. 534.

⁷³⁰ CALAZA LÓPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 219.

es la doctrina española la que mejor ha tratado el tema, y en la que mejor se han detectado los problemas propios de la institución.

Por el contrario, en Chile, como hemos señalado en un trabajo anterior, no existe ninguna norma que reconozca como tal ni regule este efecto de la cosa juzgada⁷³¹. Hacen excepción a esta corriente general quienes sostienen, en un planteamiento interesante, que es posible encontrar un posible reconocimiento en ciertas disposiciones de nuestra ley de enjuiciamiento civil, tales como el art. 427 inciso segundo del CPC⁷³², dispuesto por el legislador para el tratamiento de las presunciones⁷³³, y que enmarcado en la idea de presunción de verdad de la cosa juzgada imperante al momento de su dictación⁷³⁴, permitiría construir un reconocimiento al efecto de presunción de verdad de lo resuelto en una sentencia.

Así, el artículo 427 del CPC dispone que “*igual presunción [de verdad] existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio*”. Esta norma regula el efecto que una sentencia firme pueda tener en un nuevo proceso. Sin embargo, para su aplicación se reconocen algunas limitaciones: (1) la eficacia prejudicial sólo la tendrá la sentencia dictada entre las mismas partes⁷³⁵, por lo que la preclusión de los asuntos opera respecto de ellas y no terceros; y (2) La presunción sólo opera respecto a sentencias definitivas (o interlocutorias) y a ninguna otra actuación del proceso⁷³⁶.

Para alguna doctrina, el art. 427 CPC no agota este reconocimiento normativo, señalando que habría una segunda hipótesis de prejudicialidad en el derecho chileno, en las denominadas cuestiones prejudiciales civiles, contempladas en los artículos 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales. Por definición, se trata de determinados asuntos de raigambre civil que integran de forma necesaria el conflicto penal, y que deben ser

⁷³¹ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesus. Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016. Revista Ius Et Praxis. Vol24, N°2. 2018. p. 674.

⁷³² Ibid.

⁷³³ Ibid

⁷³⁴ RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. p. 483-487.

⁷³⁵ Ibid., pp. 95-96

⁷³⁶ De acuerdo con Romero, seguido por Rivero, el artículo 427 inciso segundo consagraría, bajo la tesis de la cosa juzgada como ficción de verdad, la eficacia de lo resuelto en un fallo precedente respecto de un juicio posterior, es decir “el efecto de una sentencia firme en una nueva decisión judicial”. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. pp. 580-582 y ROMERO SEGUEL, Alejandro. . La Cosa Juzgada Op. Cit. pp. 95-96.

resueltas previamente a poder promover el proceso penal⁷³⁷, teniendo un rol de antecedente lógico indefectible para que se pueda efectuar el enjuiciamiento penal⁷³⁸.

Esta regla se sitúa en el lado contrario del espectro respecto a la regulación española, que trata las cuestiones prejudiciales civiles dentro de la órbita no devolutiva⁷³⁹, es decir, entregando competencia al propio tribunal que conoce del asunto principal el conocimiento de ellas, de acuerdo a lo prescrito en el Artículo 10.1 de la LOPJ, que dispone que cada orden jurisdiccional puede conocer, a los solos efectos prejudiciales, de materias que no les estén atribuidas expresamente; norma que además se debe entender complementada por el Artículo 3 de la LECrim⁷⁴⁰, pero que, como expresa RIVERO, sin resueltas *incidenter tantum*, sin autoridad de cosa juzgada⁷⁴¹.

La anterior si parece ser, en propiedad, una norma que da aplicación al efecto positivo de la cosa juzgada, toda vez que se trata de una sentencia firme de un tribunal cuyo contenido no solo no puede ser ignorado, sino que es tenido en cuenta de forma gravitante en la cuestión penal. En tal sentido, existe unanimidad en doctrina, especialmente dado que no es regla general que las sentencias civiles produzcan efectos en sede penal⁷⁴². En cualquier caso, este supuesto de aplicación se presenta con una complejidad adicional, que excede los objetivos de este trabajo, y que sitúa la discusión en torno a la efectividad de la cosa juzgada, y de los procesos en general, entre diversos órdenes jurisdiccionales, así como el denominado principio de unidad de la jurisdicción⁷⁴³.

⁷³⁷ Se puede citar como ejemplo, aquellas relativas a las cuestiones sobre estado civil; las relativas al derecho de propiedad u otro derecho real sobre inmuebles; la discusión sobre la calidad de herederos y sobre el derecho de dominio en una partición; y, la discusión sobre la validez del matrimonio para efectos del delito de bigamia. Se entiende, entonces, que debe resolverse una cuestión previa al enjuiciamiento penal en sede civil. Si se pretende establecer la existencia del delito de hurto o robo, y el imputado arguye ser el propietario del objeto hurtado o robado, deberá resolverse el dominio sobre dicha cosa antes de poder proceder criminalmente. De la misma manera la filiación paterna de la víctima respecto del imputado configurará, o no, el delito de parricidio, como hipótesis especial de homicidio.

⁷³⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La prejudicialidad en el proceso civil. Revista chilena de derecho. Vol. 42. N°2. 2015. p. 466.

⁷³⁹ La doctrina tanto en Chile como en España señala la distinción entre cuestiones prejudiciales devolutivas y no devolutivas, según si se debe cambiar el órgano jurisdiccional que debe conocer de dicha prejudicialidad. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La prejudicialidad. Op. Cit. p. 466. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. p. 134. SENÉS MOTILLA, Carmen. Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español. Mc Graw-Hill. Madrid. 1996. p. 94. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 638.

⁷⁴⁰ RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. p. 135. La autora señala, además que la excepción a dicha regla la constituyen las cuestiones prejudiciales penales (art. 10.2 LOPJ), las que revisten siempre el carácter de devolutivas en la medida que se cumplan los requisitos que establece la ley (art. 40 LEC).

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, La cosa juzgada. Op. Cit. pp. 98-99. PEREIRA ANABALON, Hugo. On Civil Process... Op. Cit. p.211. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. p. 493.

⁷⁴³ ROMERO SEGUEL, Alejandro., Curso de derecho procesal civil...Op. Cit. p. 38 y 39.?

Con todo, y pese a que no supone una norma vigente, el Nuevo Código Procesal Civil chileno, actualmente en vías de ser promulgado regula de forma diversa a su antecesor normativo este efecto positivo. El referido proyecto de Código establece en su artículo 217 que⁷⁴⁴, como regla general, la sentencia firme o ejecutoriada obliga al tribunal que conozca de un proceso ulterior siempre que la sentencia primigenia -y que genera el efecto positivo de la cosa juzgada- opere como presupuesto necesario para el nuevo proceso. La norma del proyecto anuncia que para que sea aplicable este efecto deberán cumplirse determinadas condiciones: a) las partes de ambos procesos deben ser las mismas y, b) los efectos de la cosa juzgada se extiendan a ellas partes por disposición legal.

En el contexto del derecho continental una omisión legislativa similar puede encontrarse en Francia⁷⁴⁵, donde ha sido la jurisprudencia quien ha interpretado, en algunos casos específicos, las normas de la cosa juzgada para permitir su aplicación material⁷⁴⁶. Por ejemplo, en materia posesoria, la *Cour de Cassation* ha señalado que, si en un primer proceso no se permite la adquisición de un bien inmueble por la vía de la prescripción adquisitiva, por haberse encontrado el poseedor de mala fe, habiendo quedado así establecida; no puede volver a discutirse en un proceso subsecuente, sobre la restitución de frutos exigida a dicho poseedor -cuyo objeto es conexo- nuevamente la buena o mala fe del poseedor llamado a restituir⁷⁴⁷. Con todo, no puede señalarse que se trate de una tendencia jurisprudencial generalizada, sino que ha aplicado a casos específicos en determinadas materias⁷⁴⁸, manteniendo la línea general que estima que no existe un efecto positivo de la cosa juzgada de aplicación general⁷⁴⁹.

Por su parte, en Portugal, en un sentido similar al español, previo a la reforma del año 2000, se tiende a aceptar a nivel jurisprudencial y doctrinal la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada. En general, se interpreta de forma expansiva lo dispuesto

⁷⁴⁴ Art. 217.- Efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia, por lo general, obligará al tribunal de un proceso posterior cuando aparezca como presupuesto necesario de la nueva decisión, siempre que las partes de ambos procesos sean las mismas o la cosa juzgada se extienda a ellas por disposición legal. Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que crea e Código Procesal Civil. Cosa Juzgada en el proyecto de código procesal civil. En: Biblioteca del Congreso Nacional, noviembre de 2012, p. 3

⁷⁴⁵ JEULAND, Emmanuel. Op. Cit. p. 30.

⁷⁴⁶ LE BARS, Thierry. L'autorité positive de chose jugée. [en línea]. Droit Judiciaire Privé. sexta edición. 2015. < <https://www.lextenso.fr/ouvrage/9782275049977-196> > [fecha consulta: 24 agosto 2019]

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ PERROT, Roger y, FRICERO, Natalie: Autorite de la chose jugée, Juris-Classeur de procedure civile, Fasc. 554. Paris. 1992.

⁷⁴⁹ MAYER, Lucie. La Cour de cassation refuse toujours d'admettre l'autorité positive de la chose jugée. Gazette du Palais. N°252. 2014. p. 28-30.

en el art. 619 del Código de Procedimiento Civil de Portugal⁷⁵⁰, que señala que una vez que se ha fallado el mérito sobre la relación material controvertida, ella tendrá fuerza obligatoria “dentro y fuera de los límites del proceso”, para entre las partes⁷⁵¹.

2.3.1 RESPECTO DE LOS LÍMITES Y REQUISITOS DEL EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA

Para que pueda hablarse de efecto positivo de la cosa juzgada, de acuerdo a lo que la doctrina ha señalado, deben darse determinados requisitos los cuales se encuentran en el mismo contexto que los exigidos para el efecto excluyente, sin perjuicio de lo que a continuación se señala. Asimismo, la aplicación del efecto positivo reconocerá los mismos límites de la hebra excluyente. De manera tal que la existencia y aplicación del efecto positivo tendría los siguientes requisitos⁷⁵²:

- a) Debe haberse dictado una sentencia firme que se haya pronunciado sobre alguna cuestión de fondo en un primer proceso⁷⁵³. Esta sentencia debe haber alcanzando el efecto de cosa juzgada derivada de su firmeza, y, en consecuencia, será capaz de producir los efectos negativos y positivos de la cosa juzgada⁷⁵⁴.
- b) Debe existir identidad subjetiva entre el nuevo proceso y el anterior, es decir, debe tratarse de las mismas partes, en los términos analizados *supra*⁷⁵⁵. Con todo, deberá estarse a lo ya referido a lo relativo al efecto reflejo, indirecto de las sentencias en el acápite anterior, de manera tal que la eventual afectación de terceros respecto de alguna cuestión ya decidida en un proceso, respecto de la que

⁷⁵⁰ Art 619 PCPC“(1) Transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida do mérito da causa, a decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 580º e 581º, sem prejuízo do disposto nos artigos 696º a 702º”

⁷⁵¹ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Estudios sobre o Novo Processo Civil. Lex, 1997, p. 578-579.

⁷⁵² Estos requisitos han sido mayoritariamente una construcción de la doctrina, sin perjuicio de encontrarse expresamente reconocidos en aquellas legislaciones que explícitamente recogen el efecto positivo, como es el caso del Art. 222.4 de la LEC 2000 española y el Art. 217 del NCPC de Chile, que en este sentido tuvo como clara inspiración a su contraparte hispana.

⁷⁵³ En tal sentido el Tribunal Supremo Español: “El motivo ha de ser estimado y, en consecuencia, el recurso por infracción procesal. Esta Sala, en reciente sentencia núm. 383/2014, de 7 julio, que cita en el mismo sentido las anteriores de 26 enero 2012 (recurso nº 156/2009) y 2 abril 2014 (recurso nº 1516/2008) tiene declarado que «la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido. Es el efecto al que se refiere el artículo 222.4 LEC para el que no se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior (STS de 17 de junio de 2011, recurso nº 1515/2007). STS 117/2015, Marzo 5, 2015. FJ Tercero.

⁷⁵⁴ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 226.

⁷⁵⁵ Véase *supra* 2.3.1.3.1.2

se pretenda eficacia positiva, deberá ser considerada un efecto reflejo o indirecto de la sentencia, más que de la propia cosa juzgada. De cualquier modo, corresponde señalar, para clarificar, que esta afectación “positiva” respecto de terceros que no hayan sido partes en el proceso se enmarcará dentro de relación de prejudicialidad explicada anteriormente respecto de la eficacia refleja, en tanto lo resuelto en la primera sentencia cumple un rol de antecedente necesario para la aplicación o existencia de una relación jurídica de un tercero⁷⁵⁶.

- c) No deben darse los requisitos de la cosa juzgada negativa o excluyente. Si tal fuera el caso, y entre ambos procesos pudiera darse completa identidad entre el componente subjetivo y objetivo, operaría el efecto inhibitor de la cosa juzgada, impidiendo cualquier tipo de discusión sobre el asunto. En consecuencia, entre el componente objetivo de ambos procesos deberá existir una relación de conexión, mas no de identidad entre las cuestiones que componen el objeto del proceso. Es por ello que puede decirse que el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada cumple un rol subsidiario del excluyente, toda vez que puede operar cuando no se cumplen los requisitos del efecto negativo o excluyente⁷⁵⁷. Como consecuencia necesaria de lo anterior, tampoco será posible que se verifiquen en un mismo nuevo proceso los dos efectos -negativo y positivo- de la cosa juzgada en forma simultánea.
- d) Relación de prejudicialidad, entendida como vinculación lógico-jurídica entre objetos de ambos procesos. Dicho de otra manera, se verificará el efecto positivo cuando exista una relación de dependencia lógica entre lo que se ha resuelto en el primer proceso y lo quede discutirse en el segundo, sin que sean exactamente lo mismo, existiendo, entonces, una relación prejudicial entre lo decidido en por la primera sentencia y aquello llamado a decidirse en la segunda, de forma que, tal como señala ROMERO “la primera decisión conforma un elemento constitutivo de la segunda acción deducida”⁷⁵⁸.

2.3.2 ¿ EN QUE PARTE DE LA SENTENCIA SE CONTIENE EL EFECTO DE COSA JUZGADA PREJUDICIAL?

Con ocasión del estudio del efecto positivo, suele plantearse la pregunta respecto de su alcance, y, por consiguiente, que parte de la sentencia da origen a este efecto prejudicial.

⁷⁵⁶ Véase *supra* Parte Segunda 2.2.1.1.4.4

⁷⁵⁷ EZURMENDIA ALVAREZ, Jesús. Eficacia positiva. Op. Cit. p. 678.

⁷⁵⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 94.

En estricto rigor, la pregunta sobre que parte de la sentencia produce el efecto (o cualidad de) de *res judicata* no distingue categorialmente entre positiva y negativa, pero en atención de que se ha puesto de discusión al respecto se ha puesto de manifiesto con ocasión de su tratamiento en doctrina reciente, metodológicamente este trabajado seguirá dicha línea, delineando aquí la discusión.

El nudo gordiano se plantea respecto a si solo el contenido de la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de engendrar el efecto de cosa juzgada, o si, por el contrario, esta es extraíble del contenido que le sirve de asiento para su justificación racional.

Debido a la evolución histórica de los ordenamientos de la familia continental, especialmente aquellos de mayor influencia en Iberoamérica, tradicionalmente se ha sostenido que debe restringirse la eficacia de la cosa juzgada exclusivamente a la parte dispositiva de la sentencia. De esta manera, se ha tendido a desechar la idea de que los pronunciamientos meramente lógicos, prejudiciales en los que se justifica la labor adjudicativa del juez y que discurren en forma previa (por consecuencia lógica en a la estructura de la sentencia) a la decisión de fondo puedan producir análogos efectos inhibidores⁷⁵⁹. Se trata, para muchos, de una justificación en el contenido objetivo del proceso, relacionado con el legítimo derecho a defensa, emplazamiento y contradicción, también denominado audiencia, y al control que las partes tienen del proceso civil a la luz de los principios que le inspiran⁷⁶⁰. Se dice, entonces, que lo relevante es la resolución de la contienda, el contenido dispositivo del fallo en que se materializa el acto estatal de reconocimiento y estimación de aquellos intereses materiales que las partes han sometido a la jurisdicción, y respecto de los cuales el tribunal ha debido pronunciarse, sin poder exceder el margen de acción que el *petitum* le ha fijado, bajo sanción de incurrir en una hipótesis de incongruencia del proceso⁷⁶¹.

Esta idea que puede parecer tradicional en las doctrinas chilena y española encuentra su explicación histórica en la influencia de la doctrina italiana, pero no significa que en otras jurisdicciones continentales exista absoluto consenso. Así, como señala RIVERO, es

⁷⁵⁹ RIVERO HURTADO, Renée. *Op. Cit.*, p. 253

⁷⁶⁰ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. *El principio dispositivo. Op. Cit.* p 430 y ss.

⁷⁶¹ HUNTER AMPUERO, Iván. *Iura novit curia...Op. Cit.* p. 632. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *La Cosa Juzgada. Op. Cit.* pp. 69 y 70.

posible reconocer las diferencias que el estudio de la *res judicata* ha arrojado en las doctrinas alemana, italiana y la francesa⁷⁶².

Primeramente, la escuela germana ha negado reconocer eficacia de cosa juzgada a cualquier contenido de la sentencia diverso de la parte resolutive, negando dicho valor a toda cuestión que le sirve de antecedente lógico o justificativo⁷⁶³. Tal como se ha dicho en el párrafo anterior, se trata de sostener que este efecto se radique en la parte del fallo en que se deciden aquellas cuestiones que las partes han sometido al tribunal, proveyendo de esa forma certeza a los justiciables respecto del límite objetivo de los efectos del fallo, en aras de la seguridad jurídica⁷⁶⁴. De esta manera, como señala GROHÉ, los motivos de la decisión no son vinculantes, ni aun prejudicialmente, sino que solo el pronunciamiento que recae sobre la pretensión que se ha hecho valer, y, por lo tanto, solo ella produce cosa juzgada⁷⁶⁵, es decir, ésta alcanza solo lo que con el proceso se ha querido conseguir⁷⁶⁶.

A su turno, la literatura italiana, en una línea muy similar, ha erigido sobre las teorías de CHIOVENDA, principal teórico italiano y quien mayor influencia tuvo a este respecto, que solo la parte dispositiva alcance la eficacia de cosa juzgada. El citado autor sostiene de forma categórica que la eficacia preclusiva debe restringirse a la decisión recaída sobre la demanda (y la reconvencción en su caso), y no ampliarla a los motivos que le sirven de asientos, toda vez que ellos no tienen el valor “judicial” propiamente tal⁷⁶⁷, al no ser parte de la decisión jurisdiccional misma, sino meramente preparatorios de ésta, los que denomina *incidenter tantum*⁷⁶⁸. Se agrega, al igual que en fuentes alemanas, que esta

⁷⁶² Ibid. Véase *supra* 1.4

⁷⁶³ LEIBLE, Stefan y KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Óp. Cit., p. 351.

⁷⁶⁴ RIVERO HURTADO, Renée. Óp. cit. 253.

⁷⁶⁵ GROHÉ, Susanne. *Durchbrechung der Rechtskraft und Relief from Judgment: Die außerordentliche Aufhebung und Abänderung rechtskräftiger Urteile im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht*. Grin Verlag. Göttingen. 2011. p. 27.

⁷⁶⁶ WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal alemana*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1958. p. 157. Ahora bien, no obstante lo palmario que resulta en la literatura alemana su posición, se ha sostenido que es posible encontrar una excepción, o propiamente tal una salida que permite dar valor de cosa juzgada a ciertos considerandos, para evitar resultados manifiestamente injustos o desproporcionados. Se trata de lo previsto en el numeral 2) la § 256 de la ZPO, que permite que las partes soliciten, mediante una demanda incidental, la declaración de existencia o no de una relación jurídica que se considera necesaria para poder fallar la cuestión principal. Véase PEREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ, Juan. Op. Cit.

⁷⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho*. Tomo II. Op. Cit. . pp. 415 y 416 “El juez por lo tanto en cuanto razona no representa al Estado: lo representa en cuanto afirma su voluntad. La sentencia es únicamente la afirmación de una voluntad del Estado que garantiza a alguien un bien de la vida en el caso concreto; y solo esto puede extenderse la autoridad de lo juzgado; con la sentencia se llega únicamente a la certeza de la existencia de una tal voluntad (I). Esta doctrina moderna, considerando particularmente el lado público del derecho procesal llega así a conclusiones que son una vuelta a los principios romanos”.

⁷⁶⁸ RIVERO HURTADO, Renée. Óp. cit., 253

restricción permite mantener el objeto del proceso dentro de los márgenes fijados por las partes, evitando estrategias de defensa excesivamente amplias o desmedidas⁷⁶⁹. En la misma línea se ha estructurado la mayoría de la doctrina española, que sostiene que la cosa juzgada no se puede entender extendida a los componentes fácticos ni jurídicos contenidos en la justificación ni los fundamentos de la sentencia⁷⁷⁰.

Sin embargo, esta posición monolítica de la doctrina ha tendido a resquebrajarse, con matices, en el último tiempo, abriendo la puerta a una idea más laxa respecto de los efectos de determinados considerandos o fundamentos de las sentencias⁷⁷¹. Así, es posible hoy encontrar autores que sostienen la eficacia de cosa juzgada emanada de las alegaciones fácticas y jurídicas que sirven de fundamento jurídico de la decisión jurisdiccional, así como a ciertas decisiones prejudiciales que el tribunal debe resolver de forma funcional o necesaria para el pronunciamiento principal⁷⁷². En este sentido se puede citar lo dicho de forma clarificadora por Isabel Tapia, quien enseña:

“también van a producir este efecto positivo o vinculante aquellas declaraciones (consten o no en la parte dispositiva de la sentencia) que se refieren a elementos de la acción (fundamentos de la tutela jurídica que se solicita y que son determinantes del fallo) y aquellas resoluciones sobre excepciones del demandado que son determinantes de su solicitud de absolución”⁷⁷³

Lo anterior, se matiza, con la necesidad de ponderar el debido respeto al derecho de audiencia, la tutela de la constitucionalidad de dichos procedimientos en virtud del Art. 24.1 de la Constitución Española, así como el legítimo derecho a la defensa con pleno conocimiento del objeto del proceso.

Este tránsito en la literatura española sincroniza con la idea que al respecto tiene la doctrina francesa, cuya noción de la eficacia de la cosa juzgada se erige sobre una colosal tradición *ius privatista*, que considera a la *res judicata*, a la luz de las disposiciones del Código Civil, como una presunción de verdad⁷⁷⁴; bajo la cual por regla general solo lo dispositivo de la sentencia producirá efectos finales y definitivos asociados a la cosa

⁷⁶⁹ Ibid.

⁷⁷⁰ Ibid. p. 254. Lo mismo sostienen DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 199 “En primer lugar, hay que dejar sentado que, para la inmensa mayoría de los autores, la cosa juzgada no alcanza a los fundamentos de la sentencia, tanto si se trata de hechos como de elementos jurídicos”. En el mismo sentido GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Op. Cit. p. 562. PRIETO-CASTRO, Leonardo. Tratado de Derecho. Op. Cit. p. 798.

⁷⁷¹ RIVERO HURTADO, Renée. Óp. cit., p. 256

⁷⁷² Ibid. DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa. Op. Cit. p. 153.

⁷⁷³ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 228.

⁷⁷⁴ Ibid p. 258. Véase *supra*. 1.4.1

juzgada. Sin embargo, se sostiene que es posible dotar de tal eficacia a los motivos fundantes del fallo cuando éstos tengan una relación de esencialidad respecto de la parte decisoria de la sentencia⁷⁷⁵.

A su turno, la doctrina chilena, ha hecho eco de aquellas que le han servido históricamente de inspiración. Como señala RIVERO, el CPC chileno, y la literatura que siguió a su dictación, siguió la idea francesa, debido a la influencia del *Code Civil* napoleónico en la realidad jurídica chilena⁷⁷⁶. Por consiguiente, lo habitual es que solo se conceda eficacia de cosa juzgada al contenido de la parte resolutive de la sentencia⁷⁷⁷. Ahora, al igual que la contraparte francesa, y con cierto alcance la española, se ha permitido la expansión de la *res judicata* a los considerandos que motivan o justifican la decisión del sentenciador, siempre que puedan considerarse que tengan un “nexo directo con la parte dispositiva o decisoria”⁷⁷⁸. A este respecto, se ha acuñado el concepto de “considerando resolutive” tanto en doctrina⁷⁷⁹, como en alguna jurisprudencia⁷⁸⁰, extendiendo la noción tradicional de cosa juzgada clausurada exclusivamente a la resolución del asunto.

2.4 REFLEXIONES SOBRE LA COSA JUZGADA MATERIAL Y SUS EFECTOS

Como recapitulación de esta sección, corresponde señalar que el Capítulo II ha intentado hacer una descripción lo más acabada posible del tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial de la *res judicata* en lo que se refiere a la cosa juzgada material y especialmente al efecto excluyente. En ese esfuerzo, se ha utilizado la nutrida dogmática española que ha servido de inspiración a la literatura chilena, e iberoamericana en

⁷⁷⁵ HERZOG, Peter y WESER, Martha. *Civil procedure in France*. Springer Netherlands. 1967. Amsterdam. p. 553.

⁷⁷⁶ RIVERO HURTADO, Renée. *Op. cit.*, p. 258.

⁷⁷⁷ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO, Erika. *Op. Cit.*, p. 211.

⁷⁷⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La Cosa Juzgada*. p. 104.

⁷⁷⁹ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO, Erika. *Op. Cit.*, p. 211. RIVERO HURTADO Renée. *Op. Cit.* p. 273.

⁷⁸⁰ Se ha fallado: “*Si bien, normalmente es la parte dispositiva propiamente tal la que interesa para este examen, no puede olvidarse que, en ocasiones, el tribunal va resolviendo en la parte considerativa del fallo diversas cuestiones que servirán de base a la decisión del asunto principal discutido en el proceso, tal como sucedió en la especie. En tal situación estos considerandos, llamados resolutive, pertenecen a la parte dispositiva de la sentencia y deben tenerse en cuenta para determinar si ella adolece del vicio en análisis*”. Sentencia Corte Suprema de Chile, 11 de julio de 2016, Rol n° 10357-2015 Véase también el fallo RDJ, núm. 2-2006, p. 610: “*Considerandos resolutive son aquellos que no sólo contienen reflexiones acerca de lo discutido, de las probanzas rendidas, apreciación de las mismas y fundamentaciones respecto de lo que se va a decir, sino que directamente se pronuncian sobre el asunto controvertido, sin perjuicio de la decisión contenida en lo dispositivo del fallo*”

general, como guía para el recorrido a través de hilos que componen el entramado de ideas sobre la cosa juzgada material.

A este respecto, corresponde señalar que la cosa juzgada material, también denominada sustancial, se erige como la noción comúnmente asociada a la imposibilidad de rediscusión posterior de un asunto que ha sido resuelto por sentencia firme, y que permite definir a la *res judicata* como regla de clausura del sistema.

Asimismo, se han explorado las nociones asociadas tradicionalmente a la doctrina de los límites objetivos y subjetivos al tenor de la triple identidad introducida por la temprana doctrina francesa de la escuela materialista de la cosa juzgada. Esta idea de triple identidad ha hecho crisis en las últimas décadas, obligando a los ordenamientos procesales a revisar la idea de identidad legal de partes, objeto pedido y causa de pedir, sin que, en muchos de ellos, incluido en el CPC vigente en Chile se haya podido dar un paso definitivo hacia esa superación. En tal sentido se destaca el esfuerzo de la LEC española de 2000 y su doctrina complementaria, que ha dado un giro hacia la centralidad del concepto de “objeto del proceso” en tanto componente objetivo de la *res judicata*, que supone una concepción moderna del contenido material del proceso y que permite relacionar efectivamente la cosa juzgada con conceptos afines dentro de la teoría procesal, como son la pretensión, los recursos, el derecho a la tutela judicial efectiva, la congruencia procesal y el principio dispositivo.

En ese sentido, se ha explorado como la mencionada norma es seguida por el proyecto de NCPC chileno en actual tramitación parlamentaria, intentando modernizar la construcción decimonónica de la triple identidad.

En ese orden de ideas, se ha explorado la relevancia de que el componente objetivo este integrado tanto por *petitum* como por *causa petendi*, y respecto de ésta última cual es el alcance en relación con la posibilidad de modificación en virtud del principio *iura novit curia* y las facultades inquisitivas respecto de los fundamentos jurídicos de la pretensión. A su vez, se han expuesto las objeciones que la doctrina -española y chilena- tienen hacia concepciones más modernas respecto a ello, especialmente desde la perspectiva del derecho a defensa y el principio dispositivo.

Dentro de los límites subjetivos se ha detallado la noción del efecto *inter partes* y su vigencia, sin perjuicio de explorar la intrincada noción de efectos expansivos de la cosa juzgada a terceros que no han sido parte del proceso. En ese contexto, se ha discutido

sobre el alcance de los efectos materiales de las sentencias, como una alternativa dogmática a la idea -contraintuitiva- de que la cosa juzgada pueda afectar a quienes no han comparecido. Asimismo, la investigación se ha ahondado en la distinción entre la sentencia como acto y como hecho, introducida por la dogmática alemana y posteriormente italiana como una posible explicación al alcance extra partes de la *res judicata*.

A su turno, se ha expresado la existencia moderna de una ampliación del elemento subjetivo de la cosa juzgada mediante herramientas preclusivas extendidas, como ha hecho el artículo 400.1 de la LEC española de 2000, y como ella permite configurar un objeto del proceso “virtual” que comprende no solo lo que efectivamente se ha hecho valer en juicio, sino todo aquello que podría haberse hecho valer en la misma ocasión y como el efecto excluyente de la cosa juzgada cubre dichas otras cuestiones no introducidas al litigio por la parte.

Asimismo, se ha examinado el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, como una hebra que responde a la misma naturaleza de *res judicata* y que tiene por objeto evitar dobles pronunciamientos sobre algún asunto resuelto en una sentencia que tenga una relación de conexión lógica-jurídica con el objeto de un segundo proceso. Se concluye que pese a que la doctrina e incluso la jurisprudencia reconocen su existencia y alcances no suele contar con reconocimiento normativo expreso, salvo códigos de data reciente como la LEC española y el NCPC de Brasil.

CAPITULO III

OPERATIVIDAD Y FORMAS DE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO

Hasta ahora, se ha descrito a la cosa juzgada desde su perspectiva teórica, aludiendo a su configuración y construcción dogmática, así como al examen de sus límites y efectos. Sin embargo, no puede dejarse de atender el carácter pragmático que, asimismo, debe observarse en el estudio de esta institución. La cosa juzgada supone una regla procesal de clausura que tiene como función elemental evitar la relitigación de aquello que ha sido resuelto por un acto de autoridad estatal manifestado en la sentencia, inhibiendo a las partes, y a los tribunales en consecuencia, de volver a conocer y pronunciarse sobre el mismo asunto. Es decir, prevenir la repetición de procesos⁷⁸¹.

Es en ese contexto que el estudio de la cosa juzgada supone detenerse en la regulación positiva que hace posible hacerla valer dentro de un procedimiento determinado. Se trata, ergo, del estudio de las formas en que el sistema jurídico-procesal regula procedimentalmente la forma de hacer presente esta regla de inhibición, especialmente cuando se enfrenta ante la posibilidad cierta de su vulneración, es decir, enfrentándose a un nuevo proceso.

Según la configuración de cada sistema procesal civil, existirán diversas formas de introducir al proceso la existencia de una sentencia revestida de la autoridad de la cosa juzgada, pero, en general, en los sistemas jurídicos continentales suele existir un tratamiento amplio de este fenómeno, a saber, se permite la alegación de la existencia de la cosa juzgada durante gran parte del procedimiento, existiendo un variado portafolio de herramientas y vehículos procesales disponibles para hacerla valer, incluso como causal de diversos recursos en distintas instancias.

Lo anterior estriba en la importancia de la institución como regla de cierre del proceso fundado en la idea de definitividad de las decisiones jurisdiccionales, la estabilidad del sistema de justicia, la paz social derivada de dicha estabilidad, pero, asimismo, de la

⁷⁸¹ Véase *supra*. Parte Primera 1.3

necesidad del sistema de dotar de coherencia a sus resoluciones, evitando el absurdo de la dictación de sentencias contradictoras sobrevinientes⁷⁸².

En general, en aquellos países en que se distingue claramente entre efectos positivo y efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada ha existido una teorización y reconocimiento diverso en cuanto a su tratamiento procesal. Se trata de comprender que el efecto impeditivo de la repetición de procesos que se manifiesta de forma evidente en el efecto negativo tendrá una forma y oportunidad de hacerse valer distinta de lo que entenderse respecto del efecto positivo⁷⁸³. Por consiguiente, como señala DE LA OLIVA, es del todo razonable que la atención se fije en el efecto excluyente, toda vez que el efecto positivo tendrá una introducción al proceso mucho más laxa⁷⁸⁴, tanto así que la mayoría de los ordenamientos procesales solo dedican expresamente su regulación a este efecto negativo. Adicionalmente, las consecuencias de la existencia de cosa juzgada material negativa o excluyente suelen ser más drásticas, por definición, ya que su consecuencia será la terminación del proceso, incluso en un estadio preliminar de la discusión⁷⁸⁵, ya que es, precisamente, eso lo que busca la institución del efecto negativo, evitar la existencia de un nuevo proceso. Por este motivo, metodológicamente se procederá en ese orden en la exposición.

3.1 FORMAS DE HACER VALER EL EFECTO NEGATIVO

En general, la doctrina de tradición continental está de acuerdo en la relevancia de hacer valer prontamente la existencia de una sentencia sobre idénticos presupuestos en un nuevo juicio. Lo anterior, se fundamenta en la idea misma de la cosa juzgada como mecanismos de estabilidad de la decisiones y evitación de sentencias contradictorias. Es por ello que ante la existencia de un segundo proceso que versa sobre iguales materias suscitado entre las mismas partes debe encontrarse la vía más clara y expedita para hacerlo presente, evitando el desgaste de recursos y tiempo tanto de las partes como del Estado.

En ese sentido, las diversas jurisdicciones continentales contemplan casi de forma unánime algún vehículo explícito para hacer valer el efecto excluyente de la cosa juzgada, la que es típicamente establecida como una herramienta para el demandado, en tanto

⁷⁸² Véase *supra* Parte Primera 1.3.1.4

⁷⁸³ MONTERO AROCA, Juan. Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial. Op. Cit. p. 284.

⁷⁸⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la Cosa Juzgada. Op. Cit. . pp. 109-110. Véase también DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del proceso. Op. Cit. p. 291.

⁷⁸⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte General. Editorial Colex. Madrid. 2004. Tomo I. pp. 547-548.

mecanismo de defensa que impida la doble litigación. Lo anterior conduce a que generalmente se hable de “la excepción de cosa juzgada” -*exceptio rei judicatae*- , en una suerte de asimilación de su alegación con el rol defensivo en el que típicamente se hará valer, toda vez que es al sujeto pasivo a quien le resulta útil.

Establecida esta cuestión relativa a lo incontrovertido de la existencia de las herramientas para que las partes (aunque sea el demandado en la casi absoluta regla) la haga valer, corresponde discurrir sobre si existe la posibilidad de que el tribunal declare la existencia de la cosa juzgada de oficio. Esta manifestación inquisitiva no se encuentra zanjada en la mayoría de los países, existiendo diversos motivos que permiten mantener la capa de duda respecto a la posibilidad de la utilización inquisitiva por parte del tribunal.

En España, en general, la literatura se ha mostrado uniforme y conteste en señalar que es perfectamente compatible con su sistema de justicia civil, los principios del procedimiento y la regulación normativa de la LEC/2000 el que la existencia del efecto negativo de la cosa juzgada sea declarada *ex officio*. En tal sentido, se sostiene que si la cosa juzgada es uno de los elementos esenciales de la jurisdicción y la vinculación que nace de ella se refiere fundamentalmente a los órganos jurisdiccionales⁷⁸⁶, serán ellos sus principales destinatarios, siendo afectados, en consecuencia, por el principio *non bis in idem*, de manera tal que parece de lógica consecuencia que, dado que se trata de una institución esencialmente jurisdiccional y ligada a su ejercicio, pueda ser tenida en cuenta de forma oficiosa. A la misma conclusión llega ORTELLS, señalando que el propio fundamento de la cosa juzgada en la seguridad jurídica fundada en un mandato constitucional de ejercicio de una facultad jurídico-pública constituye razón suficiente para que puede ser declarada por el tribunal sin necesidad de alegación de parte⁷⁸⁷. CALAZA, por su parte, sostiene que, esta posibilidad reverbera en motivos no solo de seguridad jurídica y el orden público, sino también de economía procesal y prestigio para el ejercicio de la función jurisdiccional y reafirmación de la autoridad de los jueces⁷⁸⁸.

DE LA OLIVA, con acierto, expresa una cuestión desde un punto de vista pragmático⁷⁸⁹. Sostiene que es indudable que debe darse la facultad al tribunal de declarar la existencia del efecto negativo de la cosa juzgada sin que para ello se requiera instancia de parte,

⁷⁸⁶ MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. pp. 502-503.

⁷⁸⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 573.

⁷⁸⁸ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 226. Sobre este tema véase *supra* 1.3.1.4.

⁷⁸⁹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel Ángel. Op. Cit. pp. 226-227. También en DE LA OLIVA, Andrés. Objeto Del Proceso. Op. Cit. p. 297.

permitiendo que el proceso finalice en un momento preclusivo inicial, y por lo demás, mucho más adecuado a los propios fines de la institución de la cosa juzgada. Sin embargo, agrega, que el hecho de que exista esta posibilidad no es correlato de su ocurrencia en la realidad; es decir, que la facultad existe no conlleva que pueda ser ejercida con frecuencia⁷⁹⁰. Lo anterior, toda vez que el juez no tiene como, ni suele estar en condiciones de, saber sobre la existencia de una sentencia anterior con identidad objetiva y subjetiva con el actual proceso en el que ha entrado a conocer, salvo que ambos procesos se sustancien ante el mismo tribunal y la carga de trabajo permita dicha identificación⁷⁹¹. Lo natural es que quienes tienen mejor conocimiento de la existencia de una sentencia primigenia son quienes se han visto afectados por ella⁷⁹², de manera que será más común que sea a instancia de parte que el tribunal se intime de la posibilidad de estar frente a un caso de cosa juzgada. Sostener, además, que el tribunal podrá detectar *mutuo proprio* esta existencia al momento inicial del proceso resulta aún más irrisorio⁷⁹³.

Por lo anterior, señalamos, de acuerdo con la legislación española vigente, permitir la declaración de oficio como una herramienta útil, mas no por eso se debe expropiar a las partes la facultad de la indicación por la vía común de la excepción la introducción de dicha circunstancia al proceso⁷⁹⁴.

Con el mismo criterio uniforme se aprecia en la literatura hispana que el criterio temporal en la secuela del juicio deber ser en un estado lo más inicial posible. Teniendo presente las dificultades que presenta la declaración *in limine litis* de la cosa juzgada, al tenor de la LEC/2000 se ha señalado que la oportunidad corresponderá a la establecida para que el demandado interponga sus excepciones dentro del trámite de la contestación de la demanda señalado en los artículos. 405.3, 416.1, 2º y 421. Dentro de las precitadas normas el artículo. 421 establece que las cuestiones relativa a la litispendencia y la cosa juzgada podrán ser resueltas en la audiencia previa al juicio, y si el juez considera que se

⁷⁹⁰ Ibid.

⁷⁹¹ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 227. Con todo, como se ha expresado más arriba, la incorporación de tecnología que automatiza mediante inteligencia artificial la gestión administrativa de procesos judiciales permitiría aumentar la tasa de reconocimiento mediante el procesamiento automatizado de la información.

⁷⁹² Calaza, con acierto sostiene que incluso, quien conoce de ella y obra en calidad de demandante intentara “distorsiones efectuadas, precisamente, para eludir la detección judicial de la cosa juzgada material”. Ibid. p. 227.

⁷⁹³ Ibid.

⁷⁹⁴ Ibid.

dan los supuestos de identidad del artículo. 222 procederá a terminar la audiencia y dentro del plazo de 5 días dictará el sobreseimiento de la causa⁷⁹⁵.

En Italia, doctrina relevante e influyente para el mundo iberoamericano, SATTÀ sostiene que la alegación de la cosa juzgada “solo la parte la puede hacer presente, si aquella se ha formado en otro proceso”⁷⁹⁶, agregando que la única posibilidad de declaración oficiosa corresponderá al juez en el evento de que la cosa juzgada se haya producido dentro del mismo proceso en una etapa anterior⁷⁹⁷. Sin embargo, esta afirmación se encuentra en lejos de ser pacífica, toda vez que es posible encontrar voces disidentes⁷⁹⁸, y un comportamiento jurisprudencial que ha reconocido la posibilidad de la declaración *ex officio*⁷⁹⁹

En el caso de Chile la regulación procesal expresa respecto de la cosa juzgada ha orbitado siempre en función del efecto negativo⁸⁰⁰. Tal como se ha expresado más arriba, no existe una positivación del efecto prejudicial propiamente tal, y, en consecuencia, el tratamiento que se le da a *res judicata* suele ir de la mano de la *exceptio rei judicatae* en su vertiente excluyente. Asimismo, este tratamiento legal tan perentorio ha permeado a la doctrina, que, en general, no suele discutir que la cosa juzgada deba ser siempre alegada a instancia de parte, y no pueda ser declarada de oficio por el tribunal.

En atención a los principios formativos del procedimiento civil actualmente vigente, las declaraciones inquisitivas del juez son extraordinarias y excepcionales, debiendo interpretarse siempre de forma restrictiva, por lo que, si no existe una norma que establezca esta posibilidad de declaración, se estará a la regla general de la solicitud por parte del interviniente interesado. Lo anterior ha sido señalado también en términos afirmativos, es decir, no solo se plantea la imposibilidad de su declaración por parte del tribunal, sino que, además se habla derechamente de su renunciabilidad y control por las partes, tal como se señala *infra*⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ Art. 421.1 “1. Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento”

⁷⁹⁶ SATTÀ, Salvatore. Diritto Processuale Civile. 11° ed. Cedam. Milan. 1993. p. 244.

⁷⁹⁷ Ibid. El autor para este caso distingue entre *giudicato esterno* y *giudicato interno*.

⁷⁹⁸ LIEBMAN, Enrico. Sulla rilevabilità d’ufficio dell’eccezione di cosa giudicata. Riv. trim. dir. proc. civ., 1947, p. 359. MONTESANO, Luigi y ARIETA, Giovanni. Trattato di diritto processuale civile, Vol. I. Cedam. Padova. 2001. p. 2045 y ss.

⁷⁹⁹ Cass. sez. un. 25 maggio 2001, n. 226; Cass. 23 ottobre 1995 n. 11018.

⁸⁰⁰ Paradigmáticamente establecido en el Art. 177 del CPC.

⁸⁰¹ Véase Renunciabilidad de la excepción de cosa juzgada.

En razón de lo expresado, primeramente, se han señalado por parte de la doctrina chilena ciertas características de la excepción de cosa juzgada que vale la pena tratar aquí.

- a) **Es imprescriptible:** quien más se ha detenido en expresar la inmunidad de la excepción al paso del tiempo ha sido -ROMERO, quien señala que “puede alegarse cada vez que se quiera reiniciar un juicio con un objeto procesal ya resuelto con eficacia de cosa juzgada, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el pronunciamiento de la sentencia”⁸⁰². De este modo la inactividad de quien es, o sería en su caso, beneficiario de la excepción no trasunta en la extinción de ésta. Lo anterior es razonable, a juicio de este trabajo, por dos razones.

En primer lugar, por motivos sistémicos, se trata de la forma principal de hacer valer en juicio la eficacia de una de las instituciones más importantes del sistema de justicia, y del Estado de Derecho en general, toda la justificación de la existencia de las reglas de conclusividad de la cosa juzgada devendrían irrelevantes o inservibles si forma de hacerla valer en juicio prescribiese al cabo del paso del tiempo. En segundo término, por motivos lógicos; ya que quien se puede beneficiar de ella es una de las partes a quien la sentencia original le afecta como parte, sea original o derivada según lo dispone el art. 177 del CPC, pudiendo incluso ser la parte que ha perdido en el juicio pretérito. Pues bien, el ejercicio de la facultad de la *exceptio rei judicae* será siempre eventual, y no se presentará - como de hecho no ocurre- con demasiada frecuencia, por lo que establecer reglas que extinguieren su ejercicio carecería de todo sentido, toda vez que mientras no se vuelva a iniciar un proceso idéntico, la excepción no podrá ejercerse, no es algo que pueda considerarse dentro de la esfera de control de quien se valdrá de ella.

- b) **Es renunciabile:** En el sistema procesal civil chileno se dice que la excepción de cosa juzgada es plena y absolutamente renunciabile. Si a esto agregamos que no existe norma que permita su declaración de oficio, llegaremos a la conclusión, incluso expresada por la doctrina de forma uniforme, que la propia cosa juzgada -y no solo la fórmula para hacerla valer en el segundo proceso, que sería la excepción, son renunciables, y por lo tanto de orden privado. Por extraño que parezca, se trata de entregar el control de las reglas de clausura del sistema

⁸⁰² ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 87.

completo a los justiciables, al punto de sostener que “depende exclusivamente de la voluntad del sujeto legitimado oponer la excepción, para evitar que el asunto sea juzgado por segunda vez. Nada impide que el beneficiado con la excepción de cosa juzgada pueda renunciar a esa situación jurídica, con tal que la renuncia mire a su interés individual (art. 12 CC)”⁸⁰³. Este enfoque da cuenta de una apreciación extremadamente privatista de la cosa juzgada, pero incluso, a través de esta como regla de definitividad de las decisiones del juez, de un proceso civil completamente enfocado en intereses individuales y particulares. Como señala MATURANA “En esto consiste una de las tantas paradojas de la cosa juzgada, puesto que siendo más vigorosa que cualquier norma de orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de particulares, en cuanto a los derechos y obligaciones en ella atribuidos”⁸⁰⁴.

Bajo este prisma de renunciabilidad las partes podrían, de estimarlo adecuado litigar un mismo asunto cuantas veces lo estimen conveniente, en tanto se permite renunciar a su derecho -facultad procesal- de hacer valer la cosa juzgada, e impidiendo el pronunciamiento oficioso del tribunal. A este respecto, por ejemplo, podría darse el caso de sentencias que estiman la pretensión de forma parcial, y en las que ambas partes puedan estimar que en una segunda -o tercera- oportunidad el resultado de la primera decisión vaya a ser sustituido por uno más favorable.

A este respecto creemos que debería tratarse a la cosa juzgada con una mirada moderna, en la que no exista una visión exacerbadamente privatista de la institución, permitiendo el control de oficio por parte del juez ante la posibilidad de la existencia de la cosa juzgada, como una forma de proteger el uso adecuado del sistema ante partes que de forma intencionada o negligente no hacen ejercicio de la excepción respectiva, o lo hacen en un momento tardío del proceso. A nuestro juicio, la incorporación de la tramitación electrónica en materia civil en Chile mediante la Ley N° 20.886 Sobre Tramitación Electrónica ha permitido que algoritmos de inteligencia artificial detecten, mediante metadatos que las partes deben llenar en sus demandas, la información necesaria para hacer, al menos, un ejercicio de comparación formal de los sujetos y el objeto cuya tutela se reclama.

⁸⁰³ *Ibíd.* p. 88.

⁸⁰⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián. *Cosa Juzgada*. Op. Cit. p. 45.

Cabe hacer presente que ese mismo algoritmo permite que, basado en los DNI de las partes y sus abogados⁸⁰⁵, las causas sean distribuidas electrónicamente hacia los mismos tribunales cuando en un territorio jurisdiccional existe más de uno disponible⁸⁰⁶, por lo que es completamente razonable pensar en su implementación⁸⁰⁷.

Como consecuencia de ello podríamos decir que la inexistencia de identidad entre procesos, mediante la comparación propuesta, se instale como un verdadero presupuesto procesal de admisión de la demanda, que permita inadmitirla *in limite litis* en caso de no concurrir⁸⁰⁸. Asimismo, ante el temor de que el sistema de equivoque o que las causas sean razonablemente similares, pero no idénticas, siempre podrá, al momento de la inadmisión, abrirse un contradictorio incidental para que las partes expresen dicha circunstancia, resguardando así el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción).

- c) **Tiene efecto relativo:** Se entiende que solo beneficiará a quienes la hagan valer en juicio, no alcanzando a otros quienes pudieren beneficiarse de ella si no se hace valer por éstos. Esta característica, refrendada por la jurisprudencia, guarda relación con las reglas generales del efecto relativo de las sentencias y el alcance real del concepto de parte. Se trata, entonces, de que quien hace valer la cosa juzgada en un proceso la hace valer en contra de uno sujeto particular, que tiene el carácter de parte en ese segundo proceso, pero la decisión que se tome respecto a dicha excepción no afectará a otros sujetos que pudieren impetrar la acción. Esto último combinado con la renunciabilidad de la excepción podría, en un escenario

⁸⁰⁵ LARROUCAU TORRES, Jorge. Op. Cit. p. 201.

⁸⁰⁶ <http://www.tramitacionelectronica.cl/preguntas-y-respuestas/>. En ese sentido el Art. 176 del COT señala “En los lugares de asiento de Corte en que hubiere más de un juez de letras en lo civil, deberá presentarse a la Corte toda demanda o gestión judicial que se iniciare y que deba conocer alguno de dichos jueces, a fin de que se designe el juez a quien corresponda su conocimiento.

Esta designación se hará electrónicamente por orden del presidente del tribunal, asignando a cada causa un número de orden, según su naturaleza”

⁸⁰⁷ El tránsito hacia la digitalización de los procedimientos puede observarse también en Inglaterra y Gales donde se permite, de forma facultativa, presentar a través de internet demandas cuya cuantía no exceda las 100.000 libras esterlinas. Véase. www.moneyclaim.co.uk

⁸⁰⁸ Se entiende por presupuesto procesal, de acuerdo con la doctrina española, a aquel requisito cuya omisión hace imposible la incoación del proceso, como es la capacidad procesal o la identificación de las partes. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 321. En Chile a este tipo de presupuestos se les denomina requisitos de la demanda, regulados en el artículo 254 del CPC, complementado por el artículo 1 de la Ley 18.120 sobre Comparecencia en Juicio que establece la obligatoriedad, como presupuesto de admisión de la demanda, el patrocinio de abogado habilitado.

poco real pero posible, en la existencia de un sinfín de procedimientos con identidad absoluta.

Si bien estas características son comunes a cualquier forma de hacer valer la cosa juzgada, corresponde señalar que, pese a la que no se plantea la posibilidad de su declaración *ex officio*, el CPC ha establecido un variado abanico de posibilidades y oportunidades de hacer valer la excepción de cosa juzgada, tanto en forma directa, como excepción propiamente tal, como a través de medios de impugnación, como los recursos de casación (en el fondo y en la forma) y el recurso de revisión.

3.1.1 COSA JUZGADA COMO EXCEPCIÓN

Primeramente, corresponde detenerse en el estudio de la excepción de cosa juzgada propiamente tal, que recibe su nombre del medio o vehículo procesal por el cual se hace valer en el proceso. Se trata, como su nombre lo indica de una de las vías de defensa entregadas al sujeto pasivo, quien dispone de una serie de oportunidades para hacerla valer, las que se revisarán a continuación.

a) En el procedimiento ordinario

La excepción de cosa juzgada se encuentra regulada como tal en diversos procedimientos de distinta naturaleza. Sin embargo, su principal regulación corresponde a las reglas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, regulado en el Libro II del CPC, de título homónimo, en el que se regula el procedimiento declarativo, de alto conocimiento, escrito y de primera instancia destinado a ser la forma de procedimiento general y supletoria. Esta regulación resulta relevante, toda vez que, además de cubrir los supuestos del propio Juicio Ordinario, por mandato del art. 2° del CPC sus disposiciones son supletorias respecto de todos los demás procedimientos civiles que existan en la regulación procesal chilena, salvo que se dispongan una regla especial, de manera que lo que se diga de la cosa juzgada en tanto excepción en la regulación de este procedimiento será aplicable a cualquier otro tipo de contienda judicial, salvo norma especial en contrario.

En ese contexto, aparece regulada, en cuanto a su oportunidad, en tres ocasiones que permiten interponerla en momento distintos y consecutivos del procedimiento. Así, podrá hacerse valer antes de la contestación de la demanda, en la contestación misma y después de la contestación de la demanda. Es relevante señalar, asimismo, que para gran parte de la literatura y jurisprudencia la excepción de cosa juzgada supone una defensa de fondo, no una cuestión meramente formal. Lo anterior, a diferencia de la regulación procesal en

derecho comparado, donde se entiende una defensa eminentemente procesal. En Chile, por su parte, el carácter de excepción de fondo de la cosa juzgada es relevante pues se considera como una cuestión que no apunta meramente a la forma del procedimiento, lo que resulta importante en dos aspectos.

En primer lugar, la oportunidad principal para su interposición es la de las defensas o excepciones de fondo, la contestación de la demanda, por lo que el tratamiento procesal que se la da es equiparable a una excepción de pago de la deuda, de nulidad del contrato o de sobreviniencia de un caso fortuito. En segundo término, como consecuencia de lo anterior, es que si es hecha valer en la oportunidad de las defensas de fondo su tramitación y fallo seguirá esa suerte, es decir, es una excepción que se resuelve junto con el fondo del asunto, en la sentencia definitiva, habiéndose llevado a cabo todo el procedimiento, no obstante la potencial existencia de una repetición del proceso en curso, de manera tal que puede darse la paradoja absurda que en la sentencia definitiva sobre el fondo se acoja la excepción de cosa juzgada y se constate que se ha llevado a cabo un proceso completamente inútil, habiendo invertido tiempo, recursos y desgaste el del aparato jurisdiccional completamente en vano.

Para fines de simplificar la explicación es posible esquematizar las oportunidades de interposición de la cosa juzgada en el juicio ordinario de la siguiente manera:

- a) **Como excepción perentoria:** se denomina excepciones perentorias a las excepciones que apuntan al fondo, se entienden excepciones “contra-derecho” o excepciones iuris⁸⁰⁹, que buscan enervar, invalidar o impedir el fundamento de la acción, entendida como pretensión, del demandante⁸¹⁰. Su oportunidad es, de acuerdo al art. 309 del CPC⁸¹¹, la contestación de la demanda. Supone la

⁸⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Ara Editores. Lima. 2006, pp. 41-42.

⁸¹⁰ Como señala Rodríguez Papic: “Ellas son perentorias o de fondo porque miran a la existencia misma del derecho de acción (de la pretensión); no tienen por objeto suspender la entrada al juicio, como las excepciones dilatorias, sino que tienen por objeto obtener el rechazo de la acción (pretensión) en la sentencia definitiva”. RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010. p. 53. En el mismo sentido COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 116. En nomenclatura de la doctrina española, al tenor de la LEC/2000 serían el equivalente a las excepciones materiales, referidas al fondo. MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 338. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 320. RAMOS MENDEZ, Francisco. On Civil Process... Op. Cit. p. 452.

⁸¹¹ Art. 309: *La contestación de la demanda deberá contener: N° 3: 3°. Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan”.*

oportunidad natural para las defensas de fondo, dentro de la cual se suele considerar a la cosa juzgada.

- b) **Como excepción anómala:** se denomina excepciones anómalas a aquella que por su naturaleza son excepciones perentorias, es decir de fondo, pero que, dada su relevancia a ojos del legislador, se han extendido en cuanto a su oportunidad⁸¹², de acuerdo al Art. 310, más allá de la contestación de la demanda. Su oportunidad de interposición es amplísima, pudiendo hacerse valer de forma incidental hasta el término de la etapa de prueba, es decir hasta antes de la denominada “Citación para oír sentencia” en primera instancia⁸¹³, y hasta antes de la Vista de la Causa en el recurso de apelación. El artículo 310 regula de forma taxativa estas excepciones, señalando, además de la cosa juzgada, a la transacción, la prescripción y el pago cuando conste en un antecedente escrito. Esta disposición abona al argumento ya latamente señalado que, para la ley de enjuiciamiento civil en Chile, así como para la jurisprudencia la cosa juzgada se considera una cuestión que apunta al fondo, y como tal debe ser examinada en el curso del procedimiento.
- c) **Como excepción dilatoria mixta:** se denomina excepciones dilatorias a aquellas que apuntan a corregir vicios formales del procedimiento, sin atacar el fondo de la acción (pretensión) deducida⁸¹⁴. En cuanto a su oportunidad deben hacerse valer, de acuerdo al Art. 303 del CPC, todas en un mismo escrito, es decir en la misma presentación, durante el transcurso del término de emplazamiento, pero antes de la contestación de la demanda⁸¹⁵. A idea es buscar la corrección de cuestiones de forma que impidan la configuración de una relación procesal válida⁸¹⁶, por lo que son temporalmente la primera forma de reacción del demandado, teniendo la virtud de permitir la corrección de los posibles vicios detectados de forma incidental, mediante una sentencia interlocutoria, que en el

⁸¹² RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Op. Cit. p. 72.

⁸¹³ Se denomina de esta manera a la resolución, de naturaleza interlocutoria, que clausura la etapa de prueba y deja al procedimiento en estado de ser fallado por parte del tribunal, por regla general una vez que se dicta esta citación se entiende que ha precluido, salvo excepciones, la facultad de las partes de hacer nuevas presentaciones en el procedimiento.

⁸¹⁴ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 115. RAMOS MENDEZ, Francisco. Op. Cit. p. 453

⁸¹⁵ RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Op. Cit. pp. 54-55.

⁸¹⁶ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 115. En España coinciden con lo que la doctrina denomina defensas procesales, típicamente contenidas en el Art. 416 de la LEC/2000. MONTERO AROCA, Juan et al. Op. Cit. p. 337.

caso de acoger la excepción dilatoria podría incluso poner fin al procedimiento, como ocurriría en el caso de una excepción relativa a la falta de competencia del tribunal. Excepcionalmente la ley ha permitido que excepciones que se consideran de naturaleza perentoria, ergo sobre el fondo, puedan ser introducidas al proceso en la oportunidad de las excepciones dilatorias, en cuyo caso han sido denominadas por la doctrina como excepciones mixtas⁸¹⁷. En esta situación se encuentran las excepciones de cosa juzgada y transacción, que de acuerdo al Art. 304 del CPC⁸¹⁸, el que, de todos modos, establece que, si el tribunal considera que no pueden resolverse en la oportunidad incidental de las dilatorias, las reservará para fallarlas en la sentencia definitiva. Esta norma supone, posiblemente, la regulación más racional de la excepción de cosa juzgada en el derecho chileno, pues permite hacer valer la constatación de la existencia de dos procesos idénticos en una etapa *limine litis*, en un estadio procesal en el que la utilidad de acoger la excepción es evidente atendida la economía procesal⁸¹⁹, evitando el desgaste innecesario de recursos jurisdiccionales, tiempo y expensas de las partes, especialmente de la parte beneficiaria de la excepción. Esta prevención se hace particularmente importante si, tal como señalamos supra, la doctrina y jurisprudencia entienden que la cosa juzgada no puede ser declarada de oficio por parte del tribunal.

b) En otros procedimientos

No obstante, su mayor regulación con ocasión del Procedimiento Ordinario de Mayor Cuantía, los procedimientos especiales regulados en la ley procesal chilena, tanto dentro del CPC como en leyes o estatutos especiales, contemplan la excepción de cosa juzgada dentro de su catálogo de mecanismos de defensa. Típicamente, se repite el patrón de introducción por la vía de la excepción, aunque la oportunidad específica pueda ser diversa.

Así es posible encontrarla dentro del numeral 18 del Art. 464 del CPC que regula las excepciones que pueden hacerle valer por parte del demandado -ejecutado- en el juicio ejecutivo; de la misma manera, puede introducirse en el procedimiento

⁸¹⁷ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho. Op. Cit. p. 117.

⁸¹⁸ Art. 304 CPC: “Podrán también oponerse y tramitarse del mismo modo que las dilatorias la excepción de cosa juzgada y la de transacción; pero, si son de lato conocimiento, se mandará contestar la demanda, y se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva”.

⁸¹⁹ RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Op. Cit. p. 53.

sumario mediante la interposición de la respectiva excepción en la audiencia de contestación y conciliación obligatoria prevista en el Art. 683 del CPC⁸²⁰.

Vale decir, nuevamente, que en todos los procedimientos mencionados es considerad como una excepción que apunta al fondo, en línea con lo que hemos venido sosteniendo en este apartado.

3.1.2 COSA JUZGADA COMO CAUSAL EN DIVERSOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Si bien se ha denominado este subapartado como “causal” de medios de impugnación corresponde señalar que, en realidad, los medios de impugnación -y por lo tanto la causal en la éstos se fundan- es tributaria de la forma elemental de hacer valer la cosa juzgada, como excepción, vista en los párrafos anteriores. Se trata, entonces, de medios de impugnación, típicamente recursos procesales, por los cuales quien ha ejercido la facultad procesal se hacer valer la cosa juzgada ha encontrado una respuesta desfavorable en el tribunal, materializada en una resolución judicial que es objeto de impugnación.

Esta forma de protección de la cosa juzgada orbita en función de la relevancia que tiene para el proceso civil las reglas de la cosa juzgada (excluyente), de manera que se establecen los resguardos necesarios para corregir los errores que los tribunales puedan cometer en la ponderación de los antecedentes para su resolución. Lo anterior, sin duda, refracta el carácter paradójico de la cosa juzgada, en el entendido que es el producto de la actividad jurisdiccional, que vuelve a ser objeto de debate en el proceso (hipótesis de doble jurisdiccionalidad).

La idea de establecer recursos procesales que contengan el resguardo de la cosa juzgada es algo habitual en las jurisdicciones continentales. En la legislación procesal chilena la cosa juzgada aparece de forma explícita con ocasión de dos mecanismos de impugnación, el recurso de casación en la forma y el recurso de revisión de sentencias firmes; sin embargo, es posible considerar que el efecto de cosa juzgada puede incorporarse como fundamento de otros motivos de impugnación genéricos, como la apelación y la casación en el fondo. Lo anterior, huelga señalar, será consecuencia de la aproximación al efecto negativo, y a la cosa juzgada en general, como una cuestión de fondo, de manera que los

⁸²⁰ En el mismo sentido es posible constatarlo en el Procedimiento de Familia, Ley N° 19.968 y en el Procedimiento Laboral, Libro V del Código del Trabajo.

recursos que sirven para la enmienda de errores *in judicando* también pueden fundarse en la apreciación equivocada que el tribunal haya hecho de la cosa juzgada.

3.1.2.1 IMPUGNACIÓN EXPRESA BASADA EN LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

- a) **Recurso de casación en la forma:** Se trata de un recurso extraordinario que busca la invalidación de la sentencia, o del procedimiento que le dio origen, en su caso, cuando se ha verificado una de las causales que establece el Art. 768 del CPC⁸²¹. Este recurso, similar a lo dispuesto en el Art. 468 de la LEC española que consagra el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal⁸²², así como en otros ordenamientos del derecho continental⁸²³, busca eliminar vicios que engendren la nulidad o anulabilidad de la sentencia, de manera que la existencia de una causal específica referida a la cosa juzgada supone entenderla, en consecuencia, como un motivo de nulidad procesal.

El Art. 768 N°6 expresa que habrá lugar a la casación en la forma cuando la sentencia incurra en el vicio de “*En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio;*”. Como se ha señalado supra, la causal de casación en el fondo requiere, entonces, haber interpuesto oportunamente la respectiva *exceptio rei judicatae*, por alguna de las vías tratadas anteriormente. Es decir, el recurso requiere que el tribunal haya desestimado la excepción para que se configure la causal que da origen a la casación⁸²⁴.

- b) **Recurso de revisión:** No obstante estar tratada por la norma legal como un recurso, conceptualmente debe entenderse como “la acción declarativa de competencia exclusiva de la Corte Suprema, que se ejerce para invalidar

⁸²¹ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 239

⁸²² En causal del Art. 468N°2 la doctrina española ha entendido se contienen bajo el acápite de “Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia” la infracción de la cosa juzgada, al menos la función negativa de la misma. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 527. En el mismo sentido véase MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. Tratado de Recursos en el Proceso Civil. 2°ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014. pp. 694-698. Véase también en ese sentido BONET NAVARRO, Ángel. Los Recursos en el Proceso Civil. La Ley. Madrid. 2000. p. 182.

⁸²³ En Francia, el Art. 617 del Code de Procédure Civile, con ocasión del recurso de casación (Cassation Civile). Véase. BORE, Jacques. La Cassation en matière Civile. Sirey. Paris. 1988. p. 166.

⁸²⁴ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 255.

sentencias firmes que han sido ganadas injusta o fraudulentamente en los casos expresamente señalados en la ley”⁸²⁵. Típicamente, la revisión suele vincularse al estudio de la cosa juzgada como el mecanismo impediendo por el cual se impugna la eficacia de la *res judicata*⁸²⁶. No obstante mantener dicho carácter a su respecto, en el derecho procesal civil chileno ocurre una circunstancia particular, cual es que la revisión contiene dentro de sus causales específicas a la infracción de la cosa juzgada. Así, el Art. 809 N°4 se expresa “4°. Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó.”, es decir, se trata de una situación en que la importancia del efecto de la cosa juzgada de la primera sentencia es de tal relevancia que permite la anulación del segundo proceso, aun estando firme la sentencia, impidiendo que éste mantenga su propio efecto de cosa juzgada en beneficio del originado en la sentencia original.

Con todo, resulta necesario señalar, como lo han hecho MATURANA y MOSQUERA, que la causal prevista para la revisión tiene como requisito que la infracción a la cosa juzgada no haya sido oportunamente alegada⁸²⁷, de manera que podemos sostener que resulta incompatible, pero complementaria en cuanto su ámbito de protección, de la causal dispuesta en el Art. 768 N° con ocasión del recurso de casación en la forma⁸²⁸.

Asimismo, para el autor de este trabajo, esta causal expresa de recursos de revisión viene a reconocer el carácter disponible que se le entrega en la cultura procesal chilena a la cosa juzgada. Si la cosa juzgada no puede ser objeto de una declaración inquisitiva por parte del juez, y las partes no la alegan oportunamente, la segunda sentencia sobre un idéntico asunto surtirá todos sus efectos, aunque sean incompatibles o contradictorios con lo fallado, primeramente, por ello se establece la posibilidad de la interposición de la revisión, precisamente para que pueda subsanarse ese absurdo. Con todo, me parece que esta regulación en la revisión permite extender el control de las partes sobre la cosa juzgada a niveles

⁸²⁵ *Ibíd.* p. 280.

⁸²⁶ Así se encuentra tratada en los Arts. 513 y 514 de la LEC 2000, donde ha sido denominada como “juicio de revisión”, sin perjuicio que aún continúa utilizándose la voz “recurso”. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op. Cit.* pp. 1276-1280.

⁸²⁷ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. *Op. Cit.* p. 576.

⁸²⁸ *Ibíd.*

exorbitantes, incluso ridículos. Así una parte podría “reservarse” la excepción de cosa juzgada a la espera de un resultado del segundo juicio que sea menos gravoso que el primero, por ejemplo, si era una tutela de condena cuya ejecución se encontraba pendiente, y en el evento de que no se cumplan sus expectativas presentar la acción de revisión para anular la segunda sentencia. Lo anterior, aunque más teórico que práctico, sirve, sin duda, para dimensionar las consecuencias que la renunciabilidad y la imposibilidad de declaración de oficio de la cosa juzgada puede traer, así como las consecuencias perniciosas para el sistema de justicia en general, más allá sin duda del interés particular y privado de quienes han sido, dos veces, usuarios del sistema de justicia.

- c) **Otros medios de impugnación:** Como se enunció más arriba, además de medios de impugnación que contienen una causal específica es posible hacer valer la cosa juzgada de forma mediata, como fundamentos de otros recursos que apunten al fondo en determinadas circunstancias. Así, es posible que el Recurso de Apelación (Art. 197 y ss CPC) surta dicho efecto, en el entendido que el demandado ha hecho valer la excepción de cosa juzgada de forma oportuna, pero el tribunal la ha desestimado. En tal caso pueden darse dos escenarios. El primero se puede verificar cuando la excepción de cosa juzgada es hecha valer como excepción dilatoria mixta y el tribunal le da tramitación incidental, previo a conocer el resto del procedimiento, y resuelve rechazar la excepción. En este caso ese rechazo será mediante una sentencia interlocutoria, la que es, por disposición legal, expresamente apelable. El segundo escenario posible es que la excepción de cosa juzgada se haya hecho valer como excepción perentoria o anómala y haya sido resuelta en la sentencia definitiva, siendo desestimada, en tal caso, podrá ser también apelada. Con todo, en ambos casos el fundamento que deberá hacerse valer girará en torno al error del tribunal en apreciar la existencia de la identidad objetiva y/o subjetiva entre ambos procesos.

Finalmente, es posible que la cosa juzgada sea considerada dentro de la causal genérica del Recurso de Casación en el Fondo (Art. 767 CPC)⁸²⁹, es decir

⁸²⁹ Art. 767 CPC: “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

considerada como parte de un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Para que esto sea posible, además, la sentencia que desestima la excepción debe haber sido dictada por una Corte de Apelaciones, para que conozca del recurso la Corte Suprema. Este fenómeno es posible en la legislación procesal chilena, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en España⁸³⁰, debido a que se considera que para los intereses casacionales las normas que integran la cosa juzgada son normas de fondo y no meramente procesales, que pueden ser observadas a la luz del derecho sustantivo. Lo anterior hace que alguna doctrina distinga entre normas procesales “*ordenatoria litis*” y normas procesales “*decisoria litis*”⁸³¹, siendo estas últimas de contenido decisorio de interés para el recurso de casación. Así, se suele señalar como ejemplo que la determinación de la calidad de sucesor procesal de un parte respecto de otra, o la configuración del objeto del proceso o la causa de pedir puede requerir un examen de fondo para, luego, poder comparar su identidad entre los procesos, de forma que dicho examen quedará reservado a la corte de casación.

3.2 FORMA DE HACER VALER EL EFECTO POSITIVO

Respecto del efecto positivo o prejudicial, en general, ha existido menor exhaustividad en apreciar la forma de hacerla valer. Lo anterior deriva, inevitablemente, del dispar tratamiento entre el efecto negativo y el efecto positivo de la *res judicata*, teniendo presente que este último no siempre se encuentra formalmente reconocido por la legislación,

A este respecto, la doctrina española sostiene que el efecto positivo puede ser, en abstracto, declarado de oficio por parte del tribunal, sin perjuicio de que las posibilidades de que, en concreto, ello ocurra son escasas, en especial debido a la dificultad que existe para que el juez tenga efectivo conocimiento de una sentencia anterior y muy especialmente de que cuestiones de dicha sentencia deberán ser entendidas como un antecedente lógico o jurídico que obliga al ente jurisdiccional a partir de las conclusiones

⁸³⁰ Este tipo de infracciones sería objeto de Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, cuyos motivos comprenden todas las cuestiones procesales, siendo, además, incompatible con la casación. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. Op. Cit. pp. 1276-1280.

⁸³¹ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p. 299.

contenidas en esa sentencia, y que debe considerarse como un antecedente vinculante - por prejudicialidad- del actual proceso⁸³².

Como consecuencia de lo anterior, corresponderá materialmente a las partes en la mayoría de los casos hacer valer en su beneficio el efecto prejudicial de la cosa juzgada. Como señala DE LA OLIVA, a diferencia del efecto excluyente el efecto prejudicial puede beneficiar tanto al demandante como al demandado, toda vez que cualquiera de las partes podría requerir invocar la vinculación del tribunal respecto a lo fallado anteriormente, cuestión que en no pocos casos servirá al actor⁸³³. Por lo anterior se estima que el momento procesal y el trámite adecuado para hacer valer el efecto positivo será en los escritos principales del periodo de discusión, típicamente la demanda y su contestación⁸³⁴.

Asimismo, corresponde señalar que no debe asociarse el efecto prejudicial a la excepción de cosa juzgada, toda vez que no se trata de hacer valer una circunstancia material (de fondo) o procesal que pretende inhibir la posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión litigada, sino que de hacer presente la existencia de un pronunciamiento previo respecto de alguna cuestión fáctica o jurídica que no puede desconocerse en el nuevo proceso y que deberá ser tomada como punto de partida por parte del tribunal, sin que pueda recaer sobre ella una nueva controversia⁸³⁵. Es decir, no se busca la terminación del proceso por existir total identidad entre el actual y uno anterior, por el contrario, se busca que el segundo proceso se lleve a cabo y dicte una sentencia definitiva a su respecto, pero que considere dentro de sus presupuestos aquel antecedente con carácter prejudicial que se encuentra contenido en una sentencia anterior y con el cual el litigio presente guarda una relación de dependencia o vinculación necesaria⁸³⁶, es decir, por contener pretensiones conexas⁸³⁷. Abona a lo anterior, el hecho de que las excepciones corresponden al sujeto pasivo, tanto principal como reconventional, y como se dijera más arriba, este efecto puede ser usado a su favor tanto por el sujeto pasivo como por el sujeto activo o demandante, a quien no corresponden, en caso alguno, las excepciones⁸³⁸.

⁸³² CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 238.

⁸³³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel. Op. Cit. p. 228. CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 238.

⁸³⁴ MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 503. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel. Op. Cit. p. 228.

⁸³⁵ En ese sentido, CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 237.

⁸³⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 574.

⁸³⁷ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 237. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. p. 588.

⁸³⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel. Op. Cit. p. 228.

En el caso específico de Chile, corresponde expresar, que, tal como se ha señalado, la falta de reconocimiento legal del efecto positivo impide que existe un tratamiento orgánico en cuanto al tratamiento procesal de la institución. Asimismo, la relativa novedad que supone el estudio del efecto prejudicial en la doctrina y la jurisprudencia no permite sostener que exista una noción establecida por esta vía respecto de la forma en que debe alegarse. Correlato de lo anterior es que, como se mencionó *supra* en Chile la cosa juzgada se considera renunciable, de forma que no es posible declararla de oficio por parte del tribunal, de manera tal que surge la duda respecto a si la hebra positiva o prejudicial queda contenida en esta idea o si, por el contrario, debe sostenerse que se trata solo del efecto negativo o excluyente.

Al respecto podría sostenerse que aquello que verdaderamente se ha considerado renunciable es la excepción de cosa juzgada, que sería la forma regular de hacer valer la excepción, forma que la necesidad de que sean las partes, y solo ellas, quienes introduzcan al proceso la existencia el efecto negativo de a la cosa juzgada quedaría restringido a aquel, toda vez que el efecto positivo no puede subsumirse dentro del carácter de excepción.

Tratando de sistematizar la idea de efecto positivo y su tratamiento procesal, la doctrina chilena coincide con la literatura comparada en que la forma de hacer valer el efecto positivo corresponderá a las partes, pudiendo ser cualquiera de ellas a quien este efecto le beneficie, así, ROMERO expresa que “se alega por la parte interesada en sus escritos fundamentales en apoyo de sus acciones y excepciones y dentro de los límites de la preclusión procesal”⁸³⁹, de forma tal que, al igual que en el caso español, deberá incluirse típicamente en la demanda o contestación, según quien quiere aprovecharse de ella.

En relación con su posibilidad de declaración de oficio y el límite de la *ultra petita* como infracción al deber de congruencia, se ha sostenido, incluido el autor de esta tesis en un trabajo previo⁸⁴⁰, que dada la falta de regulación específica del efecto positivo parece razonable tener una aproximación más laxa a su exclusiva pertenencia a las partes y su subyugación al principio dispositivo. Así, con una perspectiva amplia es posible sostener que cualquier forma por la cual el tribunal tome conocimiento de la existencia de una

⁸³⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho. Op. Cit. p. 161.?

⁸⁴⁰ Véase EZURMENDIA ALVAREZ, Jesus. Eficacia positiva. Op. Cit. p. 680. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit. p. 588. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho. Op. Cit. p. 161.

sentencia anterior cuyo resultado sea conexo y vinculante al que está conociendo actualmente le permitirá incorporarlo como un antecedente del proceso⁸⁴¹.

Este postulado puede ejemplificarse en situaciones en que no existe una alegación expresa del efecto positivo a instancia de parte, pero que allegan al proceso la existencia del juicio previa. Por ejemplo, si el demandado alega el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada *in limite litis* (como excepción dilatoria mixta) y esta es rechazada por no existir identidad total entre ambos procesos. En este caso la excepción es rechazada, pero el tribunal conoce ahora la existencia de un proceso anterior en el que existen cuestiones conexas, de forma que podría considerarlas para su actual pronunciamiento⁸⁴². De la misma manera, algo similar ocurriría si las partes, fuera de sus escritos principales, hicieran valer la existencia de dicho proceso anterior de alguna manera, por ejemplo, como prueba documental, usando la sentencia como instrumento.

En estas situaciones el tribunal ha tomado conocimiento de un proceso previo, y aunque no ha recaído solicitud expresa de parte respecto de su declaración, parece razonable, en búsqueda de dotar de coherencia al sistema y protegerse respecto de la dictación de sentencias parcialmente contradictorias o incompatibles (en este caso no podrían ser totalmente contradictorias como ocurre con el efecto negativo) que se le permita utilizar dichos antecedentes, inhibiéndose de pronunciarse de forma reiterada y potencialmente conflictiva con lo que se hiciera en su oportunidad, aplicando entonces la eficacia positiva⁸⁴³. Algunos autores sostienen que se trata de un deber del juez ante la incorporación al proceso de dicha información, y que incluso podrían fundar en ella la resolución que requiere que traiga a la vista la sentencia previa como medida para mejor resolver contenida en el art. 159 del CPC⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ En tal sentido, aunque con los matices propios de la regulación española, es lo que Montero Aroca distingue entre el hecho de la existencia de la sentencia y la afirmación de la consecuencia jurídica de dicha existencia. MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 503

⁸⁴² Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 22 de marzo de 2016

⁸⁴³ Para Romero Seguel “parece lógico que la existencia de un determinado estado jurídico, vinculado con una decisión jurisdiccional en curso, pueda ser aducido por el propio órgano jurisdiccional llamado a resolver de un conflicto, sobre todo cuando es un antecedente lógico necesario para pronunciarse sobre la acción o acciones planteadas. Se trataría claramente, del ejercicio de la iniciativa probatoria que reconoce nuestro ordenamiento a los Jueces”. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 96

⁸⁴⁴ Las medidas para mejor resolver son una diligencia probatoria, de carácter excepcional, por la cual el juez puede inquisitivamente (*ex officio*) requerir la realización de ciertas diligencias de prueba, tales como la rendición de alguna prueba testifical o confesional o la agregación de cualquier documento público o privado del que tenga conocimiento, con el objetivo de aportar antecedentes adicionales que le permitan resolver mejor la cuestión sometida a su conocimiento. Art. 159 CPC: “*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:

1a. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes”

PARTE TERCERA

LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO DE INGLATERRA Y GALES Y SU RELACIÓN CON OTRAS JURISDICCIONES DEL *COMMON LAW*

INTRODUCCIÓN

La presente sección tiene como objetivo explorar la configuración en el derecho del *common law*, y específicamente el derecho aplicable bajo la normativa procesal civil correspondiente en Inglaterra y Gales, de los mecanismos de clausura existentes tras la dictación de una sentencia que resuelve una contienda civil⁸⁴⁵. Para ello, se debe tener presente que se explorarán las diversas fuentes del derecho inglés, tanto los estatutos emanados del Parlamento como acto soberano, como las sentencias de los tribunales que en la tradición anglosajona constituyen una fuente vinculante para su aplicación a otros tribunales de menor jerarquía a través de la doctrina del precedente o *stare decisis* y que comúnmente son conocidos con la denominación de *common law*.

La referencia a las fuentes que se estudiarán para describir la estructura, funcionamiento y alcance de la cosa juzgada en el derecho de Inglaterra y Gales resulta trascendental, toda vez que muchas de las instituciones que componen el entramado de doctrinas legales que conforman dichas reglas encuentran su fuente directa en decisiones judiciales y construcciones jurisprudenciales cuya lectura requiere una comprensión más general del funcionamiento del sistema de justicia anglosajón. Se trata, en muchos casos, de doctrinas que son elaboradas en decisiones de larga data y que son depuradas y clarificadas con el devenir de su aplicación a través de la intervención los jueces o Lords (dependiendo de

⁸⁴⁵ Esta parte de la investigación doctoral referida al funcionamiento del proceso civil como una de las instituciones más definitorias de la tradición del derecho anglosajón, y del derecho de Inglaterra y Gales, fue realizada de forma escalonada en un proceso de formación del autor que comenzó con sus estudios de maestría (LLM) en Derecho Procesal Civil en University College of London durante los años 2015-2016, en calidad de adjudicatario del programa de financiamiento de capital humano avanzado del Estado de Chile “Becas Chile”. Posteriormente, en el desarrollo del programa de doctorado se realizaron 3 estancias de investigación en Inglaterra, dos de ellas en el Institute of Advance Legal Studies de Londres (enero-febrero 2019 y julio-agosto 2019) y otra en University College of London, mediante el programa de acceso a exalumnos -*Alumni*- en agosto de 2018. Atendido lo anterior agradezco el aporte a esta investigación de los profesores John Sorabji (UCL) y Jackie Thomas (UCL/Cambridge) y las posibilidades de financiamiento concedidas por el gobierno de Chile y la UPV/EHU mediante el programa de ayudas para estancias de investigación de estudiantes latinoamericanos en programa de doctorado.

la jerarquía de la Corte que interviene)⁸⁴⁶. De esta manera, encontramos que instituciones como la *res judicata* o la doctrina del *abuse of process* no tienen un reconocimiento normativo positivo codificado en una ley, como ocurriría en el caso del derecho continental, sino que se elaboran, reformulan y actualizan a través de su invocación por parte de los litigantes y su consecuente aplicación por parte de las Cortes.

Estando al tanto el sistema jurídico inglés de la necesidad de proceso civil que se ajuste a los parámetros de temporalidad que plantea cualquier sistema de justicia, la existencia de incertidumbre respecto a los derechos de los litigantes afecta el goce de los derechos mismos⁸⁴⁷. Esta incertidumbre debilita el estado de derecho, existiendo un interés público que la litigación tenga in final⁸⁴⁸.

En tal sentido, el derecho inglés reconoce la necesidad de dar término a las disputas civiles, poniendo fin a la litigación una vez que ha existido a su respecto una declaración de carácter vinculante por parte de un tribunal, de forma tal de que se puedan utilizar los recursos materiales y económicos, siempre escasos de las Cortes, en el conocimiento de nuevas causas que la repetición de la litigación⁸⁴⁹.

Esta misma idea ha sido exportada por la cultura jurídica británica a sus antiguas colonias imperiales, y forma parte de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados que comparten la tradición jurídica del derecho anglosajón. Lo anterior resulta importante, pues, a diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, las fuentes formales, y especialmente la jurisprudencia de otros estados que forman parte de la misma familia jurídica es en ocasiones citada por tribunales de diversos países del *common law*, considerándose como una fuente importante de interpretación de concepto e instituciones jurídicas que han tenido un desarrollo disímil en jurisdicciones diferentes⁸⁵⁰. Así, no resulta extraño que se haga referencia a decisiones de Estados Unidos en Inglaterra, y viceversa, o se verifiquen remisiones a la jurisprudencia de Canadá o Australia.

Lo anterior supondrá que, en ocasiones, algunos aspectos de la *res judicata* sean relacionados con el tratamiento comparado que se le ha dado al tópico en otros países de

⁸⁴⁶ En Inglaterra y Gales los jueces de tribunales inferiores se denominan “Justice” y los jueces integrantes de tribunales superiores “Lords”. De lo anterior sigue que en las citas jurisprudenciales se anteponga la letra “J” o la letra “L” según el caso, antes de una cita textual del pasaje de una sentencia.

⁸⁴⁷ ZUCKERMAN Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 1211.

⁸⁴⁸ Ibid. Véase *supra* 1.3.2

⁸⁴⁹ SINAI, Yuval. Op. Cit. pp. 260-262.

⁸⁵⁰ MILLAR, Robert. The Premises. Vol. 39 N°1. Op. Cit. pp. 1-2.

la misma cultura jurídica, lo que explica por qué serán tratados en este capítulo, siempre con un objetivo funcional al sistema inglés.

CAPITULO I

ESTRUCTURA Y FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INGLÉS DE CARA AL PROCESO CIVIL

“Como puede afectar una sentencia a quien no ha sido parte directa de ese proceso...?”

De la misma manera en que le afectaría saber que la persona de su vida ha encontrado otro compañero, o que, teniéndolo antes, se ha liberado de él o ella. Ud. no participado ni ha sido la causa de dichas relaciones, no ha tenido nunca derecho a decir o hacer nada... pero puede decir que no siente en su interior una sensación, digamos...de afectación por dicha noticia?

Pio Nono I, Mayo 2019.

PREAMBULO

Como parte de la explicación referida al sistema de la cosa juzgada en el derecho procesal aplicable en Inglaterra y Gales, resulta indispensable para esta investigación hacer una breve referencia al funcionamiento del ordenamiento jurídico inglés, en orden a establecer un marco teórico desde el cual surge el proceso civil y, consecuentemente, las reglas de definitividad y *finality*. Para ello se estructurará la explicación atendido los criterios de a) fuentes del derecho en un sistema jurídico con un sistema de *stare derecis* y precedentes vinculantes; b) la organización del poder judicial, el origen y alcance de la autoridad judicial; y, c) la construcción actual del proceso civil inglés tras la masiva y paradigmática reforma que supuso la entrada en vigencia en 1999 del CPR (*Civil Procedure Rules*). En tal sentido, por orden metodológico, se ha preferido usar la nomenclatura británica que se refiere a los órganos jurisdiccionales como “Cortes” en vez de tribunales, salvo que sea indispensable referirse a ellos en estos términos.

Como premisa de este sucinto reporte corresponde señalar que el Reino Unido tiene como una de sus distintivas características no contar con una constitución escrita⁸⁵¹, se trata de

⁸⁵¹ YOUNG, Alison. *et al.* Europe’s Gift to the United Kingdom’s Unwritten Constitution – Juridification. En: ALBI, Aneli y BARDUTZKY, Salmo. (eds) National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. T.M.C. Asser Press. 2019. pp. 84 y 84. Para un estudio completo de la teoría constitucional del Reino Unido se recomienda ver JOWELL, Jeffrey y O’CINNEIDE, Colm. *The Changing Constitution*. Oxford University Press. Oxford. 2019.

la única constitución en Europa que no se encuentra codificada, en función de una evolución histórica, cultural y jurídica que ha tenido siempre en sus Cortes una forma de solución pragmática de los conflictos legales, así como la absoluta soberanía del Parlamento de Westminster para legislar sobre lo que estime necesario, incluyendo toda la regulación orgánica y dogmática de la administración del Estado⁸⁵².

Asimismo, parece necesario señalar que, sin perjuicio de la primacía de las leyes estatutarias del Parlamento por sobre el derecho del *common law* emanado de los tribunales, el Derecho inglés toma como punto de partida este último, toda vez que, aunque los actos legislativos parlamentarios tengan mayor jerarquía, son excepcionales o aislados⁸⁵³, de forma tal que todo aquello no regulado expresamente por una Ley parlamentaria pertenece a la órbita del derecho común. Se dice, entonces, que el *common law* es el derecho aplicable en defecto de cualquier otro⁸⁵⁴.

1.1 SISTEMA DE FUENTES Y LEYES DEL PARLAMENTO (*ACTS OF PARLIAMENT O STATUTES*)

No obstante que la fuente distintiva del sistema de *common law* es el precedente judicial, ello no significa que las leyes, entendidas como normas generales emanadas del Parlamento Británico, no tengan un rol importante. A las leyes se les denomina *Legislation*, Actos del Parlamento -*Acts of Parliament*- o Estatutos -*Statutes*- y suelen ser parte de las denominadas fuentes primarias del ordenamiento jurídico inglés⁸⁵⁵. Asimismo, cabe destacar que, atendida la convergencia de las tradiciones jurídicas en el último tiempo, en especial con el derecho comunitario europeo, se han dictado una mayor cantidad de *statutes* para regular materias de interés general, dentro de las cuales destacan cuestiones relativas a Derechos Humanos, organización judicial, paradigmáticamente una Codificación del Proceso Civil a través del CPR.

Los *Act* o *Statutes* son normas que contienen la voluntad soberana representada en el Parlamento, constituyen la principal fuente formal de derecho en los países de tradición anglosajona y son, además, las de mayor jerarquía. Dentro de la legislación existe una importante clasificación entre las denominadas fuentes primarias y fuentes secundarias de

⁸⁵² *Ibíd.*

⁸⁵³ WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: A View from the Citadel. *European Review of Private Law*. Vol. 14. Issue 5. 2006. pp. 709-710.

⁸⁵⁴ *Ibíd.* p. 710.

⁸⁵⁵ ASIMOW, Michael. Delegated Legislation: United States and United Kingdom. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 3. N° 2. 1983. pp. 253.

legislatura⁸⁵⁶. Las primeras, son actos legislativos parlamentarios propiamente tales, encargados de la regulación y organización del Estado, de reglar los puntos más importantes de materias de interés nacional, así como otorgar y conceder potestades y facultades a los órganos de la administración, y de establecer sus respectivos controles. La legislación secundaria se define como aquellos actos reglamentarios emanados de autoridades distintas del Parlamento, ya sea por sus atribuciones propias o por delegación del órgano legislativo, se les suele denominar “*Rules*”, “*Statutory instruments*” y “*Orders*” y tienen como función llevar a cabo una regulación específica y pormenorizada de materias de interés general, pueden ser dictadas por un órgano administrativo o un Ministerio⁸⁵⁷.

Los *Statutes* o *Act* son aplicados directamente por las Cortes y jueces, y deben ser obedecidos por todo el sistema jurídico inglés. Suelen regular materias específicas de particular interés y siempre tendrán preferencia por sobre una posible solución originada en el *common law* (nombre con el que habitualmente se denomina al derecho emanado de los tribunales a través del *stare decisis*)⁸⁵⁸. Por ejemplo, la *Consumer’s Rights Act 2015* estableció en forma estatutaria la regulación de remedios y sanciones para proveedores que infrinjan la normativa respecto a los derechos de sus consumidores, la que se aplica en términos similares a como ocurre en un país de tradición continental, cuya reglamentación derogó las soluciones previamente aplicables en materia de precedente⁸⁵⁹.

1.2 SISTEMA DE FUENTES Y *STARE DECICIS*

La característica más distintiva de los sistemas jurídicos anglosajones radica en el rol que tienen las decisiones judiciales en tanto fuentes formales de derecho. La estructura completa de las fuentes de la tradición jurídica del *common law* tiene como piedra angular el rol entregado a la Cortes, en especial atendido el denominado valor vinculante de sus sentencias, lo que tradicionalmente se conoce como *stare decisis et quia non moveré*, comúnmente señalada en forma abreviada como doctrina del *stare decisis*. Esta máxima latina supone “dejar quieto y no perturbar lo que ya se ha establecido”, lo que significa

⁸⁵⁶ KOULADIS, Nicholas. *Principles of Law Relating to International Trade*. Springer. London. 2006. p. 18.

⁸⁵⁷ *Ibíd.* JOWELL Jeffrey y O’CINNEIDE, Colm. Op. Cit. p. 29.

⁸⁵⁸ WHITTAKER, Simon. Op. Cit. p. 710.

⁸⁵⁹ En el mismo sentido la *Occupiers’ Liability Act 1957*, s. 1: “Las reglas consagradas en las próximas dos secciones tendrán efectos en lugar de las del *common law*” “*The rules enacted by the two next following sections shall have effect, in place of the rules of the common law ...*”.

dar un respeto especial a una decisión judicial tomada previamente -de donde se origina la voz común de “precedente”-

Dentro de las fuentes históricas es posible encontrar la definición de CHAMBERLAIN de *stare decicis* que reza:

“Una decisión solemne o deliberada de una Corte o un juez, hecha tras argumentarse sobre una cuestión de derecho que surge legítimamente de un caso, y siendo necesaria para su determinación, es una autoridad, un precedente obligatorio, en la misma Corte o en otra de igual o menor jerarquía en casos subsecuentes donde el mismo punto esta en controversia; pero el grado de autoridad perteneciente a tal precedente depende, como una necesidad, de su arreglo al espíritu de los tiempos o la sentencia en el tribunal subsecuente para afirmar su corrección como declaración del derecho vigente, por lo que la exigencia de la doctrina es, en último análisis, una moral e intelectual, en vez de una meramente arbitraria o inflexible”⁸⁶⁰.

A su vez, se entiende como precedente la decisión judicial que alcanzaba de forma anterior por un tribunal sobre una determinada materia, que resulta obligatoria para las demás Cortes al momento de conocer y fallar asuntos de la misma naturaleza⁸⁶¹. En el sistema inglés la obligatoriedad en tanto fuente formal del derecho de una sentencia se funda en el llamado “precedente individual obligatorio”⁸⁶², que impone la necesidad de ser seguida como regla jurídica normativa por los demás tribunales, independientes de que haya pasado una gran cantidad de tiempo o las circunstancias materiales sean radicalmente distintas⁸⁶³, como señalan ZWEIGERT y KÖTZ “ya sea que [el precedente] haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo”⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ Del original "A deliberate or solemn decision of a court or judge, made after argument on a question of law fairly arising in a case, and necessary to its determination, is an authority, or binding precedent, in the same court or in other courts of equal or lower rank, in subsequent cases, where 'the very point' is again in controversy; but the degree of authority belonging to such a precedent depends, of necessity, on its agreement with the spirit of the times or the judgment of subsequent tribunals upon its correctness as a statement of the existing or actual law, and the compulsion or exigency of the doctrine is, in the last analysis, moral and intellectual, rather than arbitrary or inflexible." CHAMBERLAIN, Daniel. *Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions*. Harvard Law Review. Vol. 3. N° 3, 1889-1890, p. 125.

⁸⁶¹ Con acierto, Núñez establece como concepto de precedentes “Por “precedente” entiendo cualquier decisión de carácter jurisdiccional que expresa al menos una norma a la que se le dota de algún valor normativo para casos diferentes a aquel en cuyo contexto fue dictada”. NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. Precedente en materia de hechos. *Revista de derecho (Valdivia)*. Vol. 31. N° 1. 2018. p. 58.

⁸⁶² GOODHART, Arthur. *Precedent in English and continental law*. Law Quarterly Review. Vol. 50. N°1. 1934. p. 41.

⁸⁶³ WHITTAKER, Simon. *Op. Cit.* p. 712.

⁸⁶⁴ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Op. Cit.* p. 260.

Esta obligatoriedad del precedente ocurre tan pronto se ha pronunciado la decisión, vinculando a todos los demás órganos jurisdiccionales a ella. Como se ha señalado, en el derecho inglés “el precedente obliga” y está dotado de una característica naturaleza coercitiva⁸⁶⁵, cuestión que diferencia notoriamente a los países de la tradición jurídico del derecho continental, en la que la jurisprudencia tiene un rol auxiliar, en que si bien esta revestida de *auctoritas*⁸⁶⁶, no supone una decisión cuyo seguimiento sea obligatorio, sino más bien un criterio orientador para otros tribunales⁸⁶⁷.

Desde la filosofía del derecho, puede caracterizarse al precedente como lo que HART denominaría una regla de derecho, que supone incluso la intención del sistema jurídico de delegar en los jueces la creación del derecho, especialmente en determinados casos como la configuración de estándares normativos⁸⁶⁸.

En ese sentido, se tiende a decir, que una distinción drástica entre ambas tradiciones que hoy parece un poco superada, que el rol obligatorio del precedente judicial en el *common law* es equivalente al de la Ley en el derecho continental⁸⁶⁹.

Dentro de la idea de precedente es posible distinguir entre precedente vertical -o *stare decisis* vertical- y precedente horizontal -*stare decisis* horizontal-, la que se diferencia según la jerarquía de los tribunales de los que emana la sentencia. El precedente horizontal supone la obligatoriedad de una decisión para el mismo tribunal que la ha dictado, o para los que participan de su misma jerarquía. Por su parte, el precedente vertical supone una obligatoriedad de las sentencias que han sido dictadas por los superiores jerárquicos en la pirámide de la organización judicial. De cualquier modo, es muy relevante señalar que no son ni más ni menos obligatorios unos que otros, ya que una determinada Corte se encuentra de todas maneras obligada por el precedente propio como por el del tribunal superior, salvo, naturalmente, que existe conflicto o incompatibilidad entre ellos, en cuyo caso prima la de mayor jerarquía⁸⁷⁰.

⁸⁶⁵ CROSS, Rupert y HARRIS, Jim. *Precedent in English Law*. 4ª edición. Clarendon Press. Oxford. 1991. p. 11.

⁸⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro: *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Clarendon Press. Oxford. 1989. pp. 51-52.

⁸⁶⁷ GOTTHEIL, Julio. *Common Law y Civil Law*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960. pp. 76-77.

⁸⁶⁸ HART, Herbert L. A. *Op. Cit.* p. 165. Como ejemplo, el profesor de *jurisprudence* de Oxford señala que la construcción del estándar del debido cuidado supone un juicio normativo, de la misma manera que la negligencia.

⁸⁶⁹ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio. *Naturaleza y dimensiones del "stare decisis"*. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33. N.º 1. 2006. p. 111.

⁸⁷⁰ WHITTAKER, Simon. *Op. Cit.* p. 714.

La operatividad de esta obligatoriedad se verifica a través del sistema de recursos, toda vez que una decisión que se ha apartado de la doctrina establecida por un precedente puede ser corregida mediante su revocación a través de la apelación, para volver a encausarla dentro del redil jurisprudencial imperante⁸⁷¹.

Para que el sistema de precedente funcione, resulta indispensable que las Cortes puedan hacer un ejercicio comparativo entre los casos que deben fallar, en el que el rol de analogía resulta indispensable. Como señalan CROSS y HARRIS es la similitud entre los *issues* – cuestiones de hecho y derecho del caso- lo que permite aplicar la doctrina establecida en un precedente, y que en caso de no verificarse permite apartarse del precedente, toda vez que este resulta obligatorio para los casos similares, pero no para casos diferentes, siendo de enorme relevancia la constatación de esta diferencia, toda vez que es la que permite detectar la doctrina aplicable y apartarse -o no-, según sea el caso, de lo decidido anteriormente. Este proceso recibe el nombre de *distinguishing*, entendido como el ejercicio de las Cortes de distinguir entre casos análogos de aquellos que no lo son⁸⁷².

Para poder apartarse de un precedente, la *House of Lords* dictó, en 1996 las denominadas *practice statements*, que pretendieron dar cierto margen de flexibilidad a la obligatoriedad de los precedentes, especialmente pensado en los cambios sociales y jurídicos que podrían haberse producido desde la decisión que constituye el precedente, que en muchos casos sobrepasa los 100 años⁸⁷³. Para ello se crea un criterio o “test” por el cual es posible apartarse del precedente si mantener su aplicación pudiera llevar a situaciones injustas o impedir el desarrollo dinámico del derecho⁸⁷⁴, en palabras de la Cámara:

*“Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta House como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto.”*⁸⁷⁵

Cuando una Corte se aparta del precedente, aplicando una doctrina judicial nueva a un caso particular se habla de que ha ocurrido un *overruling*, que debe comprenderse como

⁸⁷¹ CROSS, Rupert y HARRIS, Jim. Op. Cit. p. 41.

⁸⁷² *Shogun Finance Ltd v. Hudson* [2003] UKHL 62; [2004] 1 AC 919. DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge University Press. Cambridge. 2008. pp. 111-113. GOODHART, Arthur. Op. Cit. p. 60. GOTTHEIL, Julio. Op. Cit. p. 88. WHITTAKER, Simon. Op. Cit. p. 722.

⁸⁷³ Tómese por ejemplo el citado caso *Duchess of Kingston* [1776] EngR 16, que data de 1776 y continúa siendo una autoridad citada constantemente, pese a dar cuenta de una realidad propia del imperio británico en las colonias esclavista de Jamaica.

⁸⁷⁴ CROSS, Rupert y HARRIS, Jim. Op. Cit. pp. 102-108.

⁸⁷⁵ Traducción extraída de la obra LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio. Op. Cit. p. 115. Véase el original en The Practice Statement [1966] 3 All ER 77.

una verdadera derogación judicial de una norma de derecho de origen jurisprudencial⁸⁷⁶, pero que era hasta ese momento vinculante⁸⁷⁷. En general, el *overruling* no ocurre con demasiada frecuencia, pero resulta indispensable cuando una realidad social ha cambiado de una manera suficientemente significativa que no es posible seguir manteniendo un criterio que respondía a la realidad social del Siglo XVII, o da cuenta de situaciones que el fallo original que resulta obligatorio no pudo haber tenido en cuenta debido a la imprevisibilidad de la situación actual bajo la cual deben resolver los jueces el presente caso. De esta manera, sigue siendo un acto excepcional, que no erosiona la confianza que se pretende crear en la cultura jurídica interna a través de la consistencia de las decisiones judiciales derivadas de la aplicación uniforme del precedente⁸⁷⁸.

Ahora, en el funcionamiento del sistema de *stare decisis* resulta indispensable distinguir que partes de una sentencia están sujetas a la formación del precedente obligatorio, en atención a que dicha sección tendrá el valor de una norma jurídica vinculante, *precedential force or value*, por ello toma particular relevancia la distinción entre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*.

Ratio decidendi, del latín “la razón de la decisión” es la parte del fallo que configura el precedente y que está dotada de fuerza obligatoria. Esta ha sido definida por el filósofo del derecho británico MACCORMICK como:

“Una *ratio decidendi* es una razón o resolución dada expresa o implícitamente por un juez que tiene la suficiencia necesaria para decidir un punto de derecho cuestionado por las partes en sus argumentos y fundamentos de derecho, siendo ese punto resuelto o decidido necesario para la decisión del caso”⁸⁷⁹

Asimismo, ha intentado definirse como “el principio legal que emerge de la sentencia”⁸⁸⁰, y supone la regla jurídica que aplicada a los hechos propuestos permite decidir el caso.

En la doctrina continental, en un esfuerzo comparativista, destaca la definición amplia de NÚÑEZ que señala que sería “aquella norma empleada, o meramente formulada, en la

⁸⁷⁶ *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. Párrafos 617–618.

⁸⁷⁷ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio. Op. Cit. p. 115.

⁸⁷⁸ VON MOSCHZISKER, Robert. Op. Cit. p. 410. Esta confianza permite, además, a los abogados advertir de las posibles resultas del juicio a sus clientes, para tomar decisiones informadas y más eficientes.

⁸⁷⁹ Del original "A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification... of the decision in the case" MACCORMICK, Neil. *Why Cases have Rationes and What These Are*. En: VV.AA. (coord. Goldstein, L.) *Precedent in Law*. Clarendon Press. Oxford. 1987. p. 170.

⁸⁸⁰ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio. Op. Cit. p. 118 citando el Black's Law Dictionary, cit., s. v. "holding".

justificación interna o externa de una decisión jurisdiccional, que es calificada como normativamente relevante por la regla del *stare decisis* para casos diferentes a aquel en el que fue formulada”⁸⁸¹

Por su parte, *obiter dicta*, o simplemente *obiter* o *dicta*, literalmente “dicho al pasar” supone una declaración del juez en la redacción del fallo que es incidental o colateral al asunto decidido⁸⁸², y, por lo tanto, no tiene valor vinculante de precedente pues no conforma la razón o *rationale* que decide el caso, sino una declaración adicional no necesaria que hace el tribunal con objeto de la dictación de la sentencia. Muchas veces la distinción entre *ratio* y *obiter* no resulta sencilla, no estando claramente delimitadas la una de la otra.⁸⁸³ Asimismo, y sin perjuicio de no tener poder vinculante en diversas ocasiones, un *obiter dicta* puede constituir una reflexión jurídica novedosa, o incluso dar cuenta de normas o doctrinas que siendo vinculantes por constituir precedentes no lo son en el caso pendiente pues no son aplicables en virtud del *distinguishing*.

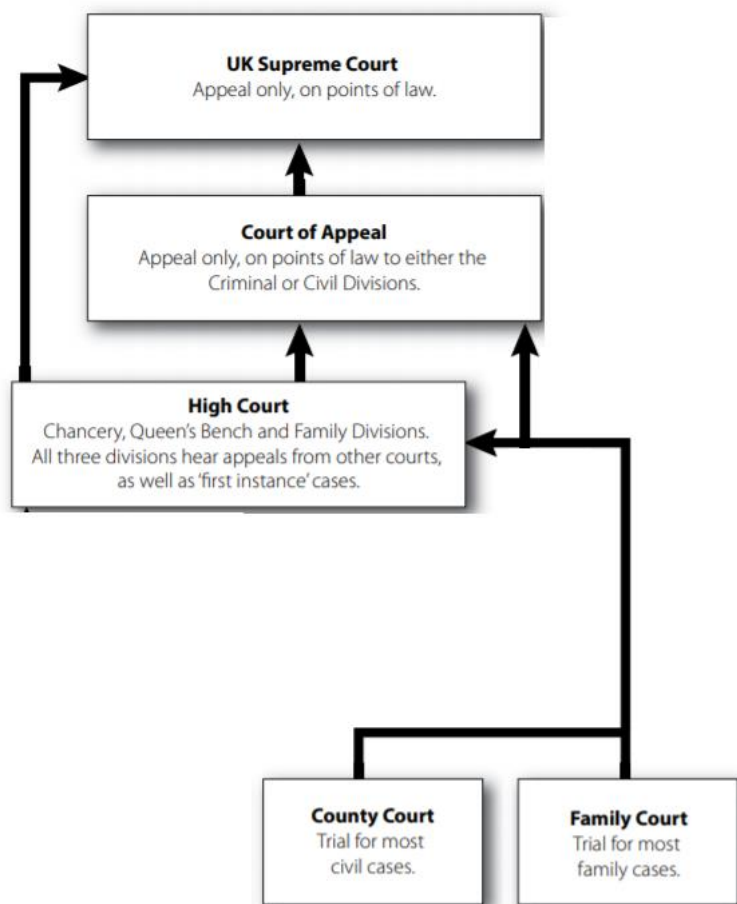
⁸⁸¹ NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. Op. Cit. p. 57

⁸⁸² Ibid.

⁸⁸³ ZWEIGERT y KÖTZ hacen una reflexión parecida en términos de ratio decidendi y obiter: "En muchos casos es extremadamente dudoso cuál es la ratio decidendi de la decisión previa y qué es meramente obiter dictum". ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. Op. Cit. p. 260.

1.3 ORGANIZACIÓN Y PODERES DE LA CORTE

Para ilustrar la configuración jerárquica de la justicia civil en Inglaterra y Gales, téngase presente el siguiente esquema orgánico:



1.3.1 ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN INGLATERRA Y GALES

Para poder comprender completamente la estructura de las fuentes del derecho inglés ligadas a la función jurisdiccional resulta pertinente explicar la estructura de los tribunales civiles aplicable a Inglaterra y Gales, que son los únicos estados del Reino Unido que tienen una regulación de la judicatura y el proceso civil completamente uniforme, de manera tal de comprender la relevancia de las referencias jurisprudenciales y su autoridad derivada de la jerarquía que tiene el tribunal que las dicta⁸⁸⁴.

⁸⁸⁴ ZANDER, Michael. Pre-Trial Civil Proceedings. Cases and Materials on the English Legal System. 10th edition. Cambridge University Press. Cambridge. 2007. pp. 50-51.

De la misma manera, resulta útil realizar una breve reseña a los poderes que constitucionalmente se entienden entregados a las Cortes para el cumplimiento de su cometido, donde tiene un rol destacado la denominada jurisdicción inherente *-inherent jurisdiction-* como potestad regulatoria de la actividad jurisdiccional.

Veamos la organización jerárquica de la judicatura civil en Inglaterra y Gales:

a) The Supreme Court of the United Kingdom (Corte Suprema del Reino Unido)

Es el máximo tribunal del Reino Unido, fue establecido dentro de la Parte 3 de la Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act 2015*), y entro en operaciones propiamente tal el primero de octubre del año 2009⁸⁸⁵. Su introducción vino a reemplazar el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lords (*House of Lords*) que era el tribunal equivalente hasta dicho momento, y del cual la Corte Suprema asumió todas sus capacidades y facultades.⁸⁸⁶ La idea de instaurar una Corte Suprema (cuyo acrónimo oficial es UKSC) supuso un cambio revolucionario en la cultura judicial en Inglaterra y Gales, y un hito desde la perspectiva constitucional, pero vino a intentar dar claridad a la ciudadanía y a la comunidad internacional respecto a la diferencia de funciones de la *House of Lords*, que constituye en simultáneo la Cámara Alta del Parlamento Británico⁸⁸⁷. Es decir, hasta 2009 dentro de la *House of Lords* existían dos ramas, la rama legislativa, conformada por los *Lords* miembros del Parlamento, y una rama judicial, compuesta por 12 jueces de la mayor jerarquía y experiencia, llamados *Law Lords*, que cumplían la función del máximo tribunal de apelaciones⁸⁸⁸.

Aunque ambas ramas no podían compartir ninguno de sus miembros, y sus requisitos, nombramientos, duración en el cargo y funciones eran distintos; su denominación común y el hecho de que estuvieran en el mismo edificio generaba una enorme confusión, que atentaba contra la percepción de independencia e imparcialidad que la Constitución y la Convención Europea de Derechos Humanos exigía⁸⁸⁹, de manera tal que se optó por crear

⁸⁸⁵ ARNOLD, William. The Supreme Court of the United Kingdom: Something Old and Something New. *Commonwealth Law Bulletin*. Vol. 36. 2010. p. 443.

⁸⁸⁶ DI MAMBRO, Louise. The Supreme Court of the United Kingdom: Jurisdiction and Procedure. *Commonwealth Law Bulletin*. Vol. 36. 2010. p. 453.

⁸⁸⁷ WOODHOUSE, Diana. The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court. *Legal Studies*. Vol. 24. N°. 1-2. 2004. pp. 135-136.

⁸⁸⁸ ARNOLD, William. Op. Cit. p. 445.

⁸⁸⁹ WOODHOUSE, Diana. Op. Cit. p. 137.

un modelo de Corte Suprema como ocurre en la mayoría de los países de Europa continental, así como en otras jurisdicciones del derecho anglosajón⁸⁹⁰.

En cuanto a sus atribuciones la UKSC ejerce jurisdicción a la totalidad del territorio del Reino Unido, contando con competencia para revisar solo cuestiones por vía de apelación que comprometan el interés público, tanto en materia civil como criminal, y que sean derivadas directamente desde la *Court of Appeal*, sin perjuicio de que en casos excepcionales puede conocer mediante competencia *per saltum (leapfrog)* cuestiones apeladas directamente desde la *High Court*⁸⁹¹. Es importante señalar que, aunque se denominen appeals no se trata de apelaciones en el sentido técnico que se le da en las legislaciones de derecho continental, sino que debe entenderse como sinónimo de recurso, y en específico de recurso de derecho estricto, ya que la revisión que realiza la UKSC es siempre sobre cuestiones de derecho, no pudiendo alterar los hechos determinados por el tribunal correspondiente.

En cuanto a su composición, está integrada por un Presidente(a), un Presidente(a) encargado y 10 jueces denominados *Lords of Justice* que componen un total de 12 miembros del tribunal.

b) The Court of Appeal (Corte de Apelaciones)

La Court of Appeal constituye el tribunal de segunda instancia por excelencia, no tiene competencia para conocer asuntos en primer grado y, salvo los casos que deben ser derivados a la UKSC⁸⁹², supone el último tribunal en pronunciarse sobre la gran mayoría de los asuntos. Tiene una División Civil (*Civil Division*) y una División Criminal (*Criminal Division*). La Corte tiene una integración completa de 39 miembros totales, en los que el número de integrantes de la *Civil Division* es variable⁸⁹³.

⁸⁹⁰ FENNEL, Mónica. Emergent Identity: A Comparative Analysis of the New Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States. Temple International & Comparative Law Journal. Vol. 22. N° 2. 2008. 280.

⁸⁹¹ Para más información véase. <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/the-supreme-court/>. Fecha de acceso 29 de julio de 2020.

⁸⁹² DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. p. 58.

⁸⁹³ ZANDER, Michael. Pre-Trial Civil Proceedings. Op. Cit. p. 58.

Su presidente es el *Lord Chief of Justice*, quien, además preside la Criminal División. La División Civil está presidida por el *Master of Rolls*⁸⁹⁴, quien recibe dicho nombre por haber sido el encargado de custodiar los rollos de papel en donde se almacenaban los casos durante la época victoriana.

En materia Civil tiene competencia para la generalidad de las cuestiones apeladas tanto de la *High Court* como de tribunales menores como los *County Court*, así como para resolver cuestiones de derecho de familia y derecho laboral⁸⁹⁵.

c) **The High Court**

La *High Court of Justice* (Alta Corte de Justicia) es un tribunal colegiado de jerarquía intermedia que conoce algunos asuntos en primera instancia y otros en segunda, atendidos criterios como cuantía y materia. Está compuesta por 3 bloques o *Divisions* la *Queens Bench Division (QBD)*, la *Chancery Division (ChD)* y la *Family Division (FD)* teniendo cada una de ellas una especialidad por área de expertise y materia⁸⁹⁶.

La QBD es la división de mayor tamaño, compuesta por cerca de 70 jueces y presidida por el *Lord Chief Justice*. Tiene competencia en primera instancia para conocer cuestiones relativas a contratos y responsabilidad civil (*contract and tort*) y una gran cantidad de subsecciones especializadas como por ejemplo al *Admiralty Court*, que tiene competencia para cuestiones navieras, la *Commercial Court* para cuestiones mercantiles y comerciales, la *Technology and Construction Court* y la *Administrative Court*, con competencia contencioso administrativa⁸⁹⁷.

La ChD es una división más pequeña integrada por 18 jueces presidida por *el Chancellor of the High Court*, que se especializa en disputas de bancarrota, propiedad inmueble, sucesiones testadas. Incluye un tribunal de patentes para lo que cuenta con dos jueces especializados⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ SLORACH, Scott *et al.* Legal Systems & Skills. Oxford University Press. Oxford. 2015. p. 55. DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. p. 15.

⁸⁹⁵ *Ibíd.*

⁸⁹⁶ LOVITT, John. A Suit in the High Court of England. Pennsylvania Bar Association Quarterly. Vol. 27. N° 2. 1956. pp. 206-207.

⁸⁹⁷ DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. p. 15

⁸⁹⁸ SLORACH, Scott *et al.* Op. Cit. p. 58.

La FD se encuentra compuesta por 18 jueces y un Presidente (que se denomina así propiamente tal -*President of the Family Division of the High Court*) y tiene competencia para conocer, en primera instancia, asuntos matrimoniales, filiativos y adopciones.

d) County Court (Corte de Condado)

Las Cortes de Condado son tribunales inferiores con competencia civil amplia, para resolver materias como responsabilidad y contratos cuando no son materia de competencia de la *High Court*, atendida su baja complejidad (accidentes de tráfico) o cuantía. De cualquier modo, es posible que los jueces de condado estimen que la complejidad de un asunto originalmente visto por ellos sea elevado a la *High Court* atendida la dificultad del asunto⁸⁹⁹.

La función principal de estas Cortes es dar cobertura territorial y acceso a la resolución judicial de disputas civiles, por ello su nombre viene de la unidad territorial británica más elemental “County” o condado, también denominada “*Shire*” o comarca⁹⁰⁰, que era el territorio en el que la Corte se ubicaba y sobre el cual ejercía jurisdicción. Hasta 2014 existieron 170 de estos tribunales en Inglaterra y Gales, hasta que por la *Civil Procedure (Amendment) Rules 2014 (SI 2014 / 407)* fueron unificados en una sola *County Court*⁹⁰¹, que centraliza los servicios administrativos y unifica los criterios de aplicación del derecho, atendido que las sentencias de estas Cortes no se reportan ni se publican. Esta unificación no impide que haya cobertura territorial, pues es una sola Corte, con oficinas en cada condado que se denominan *County Court Hearing Centres*⁹⁰². Es decir, ya no existe una Corte en cada condado con un territorio jurisdiccional asignado, sino que el concepto de “*county court*” hace referencia a un servicio estatal, dependiente del poder judicial, que tiene cobertura jurisdiccional sobre todo el territorio estatal, y que posee oficinas de atención en las comarcas o condados más relevantes, que cumplen funciones administrativas más que jurisdiccionales⁹⁰³.

⁸⁹⁹ SLORACH, Scott *et al.* Op. Cit. p. 54

⁹⁰⁰ La distinción entre Condado y Comarca (County y Comarca) hoy no resulta relevante pues existe una unificación de su significado, sin embargo, su origen histórico se remonta al medioevo en donde “County” era el territorio regido por un Conde (Count), una unidad territorial dirigida política y económicamente por un noble, mientras que las comarcas eran unidades territoriales sin la dirección de un señor local, sino que dependientes del poder central de la Corona. RIPPON, Stephen. Kingdom, Civitas, and County. The evolution of territorial identity in the English landscape. Oxford University Press. Oxford. 2018. p. 22.

⁹⁰¹ SLORACH, Scott *et al.* Op. Cit. p. 54

⁹⁰² *Ibíd.* p. 71.

⁹⁰³ *Ibíd.*

e) Family Court

Establecidas por estatuto en 2011, mediante la *Crime and Courts Act 2013 and The Family Procedure (Amendment No. 3) Rules 2013/3204*, su jerarquía es equivalente a las County Court, tienen la competencia para el conocimiento de la mayoría de las causas relativas al derecho de familia, sin perjuicio de que puedan remitir asuntos particularmente complejos a la High Court, la que además oficia como superior jerárquico y Corte de segunda instancia a través de la Family Division⁹⁰⁴.

1.3.2 FACULTADES Y AUTORIDAD JUDICIAL, JURISDICCIÓN INHERENTE

Uno de los rasgos distintivos de los tribunales en todas las jurisdicciones es que están dotados de poderes y autoridad para cumplir su función. Una de las más representativas en el *common law* es la que recibe el nombre de jurisdicción inherente (*inherent jurisdiction*), la que se entiende como la potestad autoritativa entregada a los órganos judiciales superiores (jurisdiccionales como sinónimo de órganos judiciales) que les permite resolver todas las cuestiones propias del funcionamiento y la administración de justicia sin necesidad de una norma expresa que les confiera tal competencia, ni legal ni consuetudinaria, en ejercicio de sus potestades autónomas emanadas de la naturaleza misma de ser un tribunal. Lo anterior, se expresa como una potestad esencial, indefectible, irrenunciable e inseparable del ejercicio jurisdiccional -por eso inherente- salvo que exista una manifestación de la legislatura en forma expresa que haya regulado de forma específica esa materia o se la haya entregado a un cuerpo estatal diverso, o, en su caso, se la haya denegado expresamente a la judicatura⁹⁰⁵.

A este respecto, JACOB le ha denominado como un verdadero superpoder de la Cortes inglesas al señalar que: debe entenderse como “la más extraordinaria fuente del derecho del sistema legal inglés, la jurisdicción inherente de la Corte. No existe nada equivalente a

⁹⁰⁴ *Ibíd.* p. 75.

⁹⁰⁵ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 141.

este peculiar concepto en ningún otro país de Europa”⁹⁰⁶. En el mismo sentido, LORD DIPLOCK dice que se trata de:

*“Un poder general para controlar el propio procedimiento de la Corte, para prevenir que se les utilice como un instrumento para producir injusticia. Tal poder es inherente a la función constitucional de las Cortes de Justicia. Todo sistema civilizado de gobierno requiere que el estado ponga a disposición de sus ciudadanos los medios para el justo y pacífico arreglo de las disputas que entre ellos se generen en la reivindicación de sus respectivos derechos”*⁹⁰⁷

El principio subyacente, según la doctrina inglesa, es que todo tribunal, especialmente los superiores, deben estar investidos de determinados poderes para mantener su autoridad, regular el proceso y evitar abusos y obstrucciones innecesarias, la jurisdicción inherente sería “la sangre vital que hace que una Corte sea una Corte”⁹⁰⁸.

Manifestaciones de la utilización de este poder suelen asociarse a facultades correctivas, disciplinarias y de control de la litigación en todo aquello que no existe norma contraria expresa, pudiendo promover sanciones, conceder plazos, desestimar demandas por considerarlas infundadas o fuera de plazo, sancionar a partes y abogados negligentes, incluso resolver sobre su propia competencia⁹⁰⁹.

En tal sentido, la doctrina de JACOB, seguida por la Cortes de diversos países pertenecientes a la tradición del *common law*⁹¹⁰, han podido caracterizar a la jurisdicción inherente de la siguiente manera⁹¹¹:

- La Jurisdicción inherente es parte de los poderes procesales de las Cortes, y no alcanza cuestiones de derecho sustantivo.

⁹⁰⁶ The most extraordinary source of law in the English legal system is commonly called "the inherent jurisdiction of the court." There is no equivalent to this peculiar English concept of judicial power in any European country. JACOB, Jack I. H. *The Fabric on English Civil Justice*. Stevens and Sons. Londres. 1987. p. 60.

⁹⁰⁷ Del original: “*High Court's power to dismiss a pending action for want of prosecution is but an instance of a general power to control its own procedure so as to prevent its being used to achieve injustice. Such a power is inherent in its constitutional function as a court of justice. Every civilised system of government requires that the state should make available to all its citizens a means for the just and peaceful settlement of disputes between them as to their respective legal rights*” *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 14. Párrafo 975.

⁹⁰⁸ JACOB, Jack I. H. *The Fabric*. Op. Cit. p. 62.

⁹⁰⁹ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 14. Párrafo 975

⁹¹⁰ En Nueva Zelanda: *Taylor v Attorney General* [1975] 2 NZLR 675, 680 (NZCA) and *Siemer v Solicitor-General* [2010] 3 NZLR 767 at [29] (SCNZ); Canadá: *R v Caron* [2011] 1 SCR 78 at [24] (SCC).

⁹¹¹ JACOB, Jack I. H. *The inherent jurisdiction of the Court*. *Current Legal Problems*. Vol. 23. N° 1 1970. pp. 35-37.

- Es distintivo de su utilización que permita resolver sumariamente y no durante el curso de un juicio completo, o en la etapa de juicio propiamente tal.
- Como forma parte de la maquinaria misma de la justicia, puede ser ejercida contra cualquiera, sea parte del proceso o sea un tercero
- Es distinguible de la discrecionalidad judicial
- Reglas estatutarias promueven poderes adicionales y no sustitutivos de la jurisdicción inherente (salvo que la deniegan para determinados aspectos expresamente)

A ese respecto, en el proceso civil toma gran relevancia para esta investigación el ejercicio sancionatorio del abuso en virtud de la *inherent jurisdiction*, ya que permite desestimar demandas o defensas de los litigantes por considerarlas abusivas u obstructivas, tanto respecto de la parte contraria como del sistema de justicia en general. En ese contexto se estudiará la doctrina *Henderson* -por el caso que le da nombre- como una manifestación preclusiva de pretensiones en procesos subsecuentes en los que no aplican las reglas de la cosa juzgada propiamente tal, pero que se tiene efectos similares en función de evitar el abuso del proceso⁹¹².

Otro concepto muy relacionado con la jurisdicción inherente, al punto que suelen ser confundidos⁹¹³, es el de discrecionalidad judicial o *judicial discretion*. Este poder, emanado también de la calidad de tribunal se refiere a la facultad de los tribunales de poder elegir entre diversas alternativas de solución aquella que se les presente como más adecuada al caso concreto, generalmente entre dos hipótesis que permiten dar un remedio al demandante. Como la ha definido Lamer “el poder para seleccionar la más apropiada entre las soluciones entre una variedad de soluciones permitidas al adjudicar una disputa basado en un sistema amplio de principios”⁹¹⁴

Se diferencia de la *Inherent Jurisdiction* por ser más restringida, y operar sobre soluciones que pueden ser procesales, pero generalmente respecto del fondo y del derecho sustantivo⁹¹⁵. Sin embargo, tienden a identificarse desde la perspectiva de sus

⁹¹² Véase *infra* 3.3

⁹¹³ RODRIGUEZ FERRERE, Marcelo. The Inherent Jurisdiction and Its Limits. *Otago Law Review*. Vol. 13. N°. 1. 2013. p. 137.

⁹¹⁴ LAMER, Francis. The Rule of Law and the Perils of Judicial Discretion. *Supreme Court Law Review*. Vol. 56. 2012. pp. 137-138.

⁹¹⁵ Uno de los ejemplos en que ambos poderes se pueden utilizar en forma conjunta es el caso de la doctrina del *Forum non Conveniens*. Se trata de una doctrina que permita a los tribunales del *common law* no conocer de un asunto, a pesar de ser competentes, en razón de que existe otro tribunal también competente, pero ubicado en un lugar en el que es más conveniente llevar el proceso. Se opone la noción continental de

limitaciones, toda vez que ambas pueden suponer un ejercicio invasivo de facultades que puede llevar a la arbitrariedad respecto de los derechos de las partes. En tal sentido se ha dicho que los límites formales son la legislación primaria, es decir, los Estatutos o Actas del Parlamento y en segundo lugar el respeto al Estado de Derecho y a los principios mismos del *Common Law*. Como estos límites parecen difusos, corresponde, paradójicamente, establecerlos a las propias Cortes, lo que en la práctica se hace a través de la impugnación por la vía de los recursos contra dichas sentencias, en las que la Corte de mayor jerarquía vuelve a revisar el uso de estas facultades y su conformidad con los límites de su uso desproporcionado. Así, en el Reino Unido ha sido de gran relevancia el caso *Al Rawi*, en el que la Corte Suprema decidió que haber suprimido, en ejercicio de la *inherent jurisdiction*, la esencial característica adversarial del proceso, conduciéndolo de forma inquisitiva más allá de los límites permitidos, LORD DYSON señaló:

*“No está seguramente en duda que una Corte no puede conducir un juicio inquisitoriamente en vez de hacerlo en forma adversarial, o sostener que haya una audiencia en que una de las partes está excluida. Estos (admitidamente extremos) ejemplos muestran que los poderes de la Corte para regular su propio procedimiento están sujetos a ciertas limitaciones”*⁹¹⁶

De esta forma se intenta crear un contrapeso, por la propia corte en el resto a los propios principios del sistema de justicia civil, como el del juicio adversarial, así como intentar que no se extienda el uso de los poderes inherentes más allá de los límites señalados, de forma que sean un vehículo para facilitar la que la justicia sea llevada a cabo, no como una forma de opresión e injusticia.

1.4 PROCESO, JUSTICIA CIVIL, CRISIS Y REFORMA: OVERRIDING OBJECTIVE

En el derecho procesal civil aplicable a Inglaterra y Gales es posible distinguir determinadas características que le dan una fisonomía históricamente reconocible, la

inexcusabilidad del conocimiento, pues siendo competente en virtud de algún factor de conexión con la cosa o con las partes, la Corte decide que no conocerá el asunto. En tal ejercicio se puede distinguir la jurisdicción inherente, pues la Corte tiene, por el hecho de ser Corte, el poder de no conocer un caso si estima que no es conveniente para la mejor administración de justicia, pero la decisión misma de conveniencia, analizado los antecedentes de dicho caso, supone un ejercicio de discrecionalidad judicial entre posibles alternativas, conocer o no conocer. Para un estudio detallado del *Forum non Conveniens* véase BRAND, Roland y JABLONSKI Scott. *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Oxford University Press. New York. 2009. pp. 25 y ss.

⁹¹⁶ *Al Rawi v The Security Service* [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531. Párrafo 22. *Tehrani v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 47, [2007] 1 AC: “Las Cortes cuya jurisdicción es inherente y no estatutaria deben tener sus límites en reglas de las propias Cortes. Si la jurisdicción de una Corte esta limitada muchas veces depende de una cuestión práctica, muchas veces derivada de la autoridad de una sentencia que fija esos límites”. En el mismo sentido en Australia la High Court en *Breen v Williams* (1996) 186 CLR 71.

forma en que el *common law* las desarrolla a través de la doctrina judicial y el valor del precedente vinculante permiten que el proceso civil sea una de las herramientas de política pública de la mayor relevancia. A continuación, se hará un breve recorrido por estas características, fundacionales para los sistemas de justicia civil en todo el espectro de la tradición del derecho anglosajón, y el proceso de crisis que dicho sistema experimentó a finales del siglo pasado; asimismo, se explorará la respuesta institucional a los problemas asociados a la litigación civil mediante el estudio y posterior reforma encargada a Lord Wolff, que terminó con la dictación, por primera vez propiamente tal, de un Código Procesal Civil, denominado CPR -*Civil Procedure Rules*- en 1998.

1.4.1 PROCESO CIVIL EN INGLATERRA, CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS PREVIOS A LA REFORMA DE 1998

1.4.1.1 JUSTICIA CIVIL INGLESA Y SUS CARACTERÍSTICAS

Uno de los puntos más relevantes que se puede observar en un ejercicio comparativo entre jurisdicciones de la familia del derecho civil o continental y la tradición del *common law* es la estructura, configuración y principios que rigen el proceso civil. En Reino Unido es más propio referirse a la “Justicia Civil” que al “Proceso Civil”, lo que se explica por razones culturales y filosóficas, aunque igualmente técnicas. Dentro de la relación entre estos conceptos el de “justicia civil” se entiende compuesto por tres grandes hebras, la organización de los tribunales y su rol dentro del sistema de fuentes del derecho; el rol de la profesión legal; y el del procedimiento y la práctica profesional de la litigación civil⁹¹⁷. Se trata, entonces de una relación género a especie, en la que la justicia civil comprende los mecanismos alternativos, la respuesta de la profesión legal a problemas y consultas que no requieren judicializarse, y, muy especialmente, la necesidad de que en aquellas oportunidades en que un caso deba ser visto en la Corte, se llegue a una decisión justa, mucho más enfocada en el fin que en las cuestiones procedimentales⁹¹⁸.

En Reino Unido la justicia civil se ha caracterizado históricamente por enfocarse en la perspectiva privada de un conflicto entre sujetos iguales en posiciones simétricas, en la que la actuación del juez se asemeja más a un *umpire* o árbitro en un juego -como el tenis

⁹¹⁷ JACOB, Jack I. H. *The fabric*. Op. Cit. pp. 2-3.

⁹¹⁸ *Ibíd.*

o el críquet- que a la de un inquisidor activo, estándose siempre a las solicitudes de las partes y respondiendo solo a lo que éstas propongas⁹¹⁹.

De esta manera, suele hablarse de la característica esencial y distintiva de un sistema adversarial, en el que los jueces tienen pocas o ninguna facultad oficiosa y en el que el control del proceso está completamente entregado a las partes en tanto impulso y avance. Se trata de un enfoque no-intervencional por parte del juez⁹²⁰, en el que se asume que las partes son las que están en mejor posición de decidir sobre sus propios intereses, sobre si litigarlos o no y cómo y hasta qué punto hacerlo⁹²¹. Como única excepción, en relación con el párrafo siguiente, está la idea de que los jueces tienen el deber *-duty-* de buscar la verdad real, pudiendo extender el procedimiento si consideran que ella no se ha alcanzado. En cualquier caso, es una verdad mediada por las solicitudes de las partes conforme a las cuestiones que éstas han presentado ante el juez, quien no puede ni debe buscar otras ni mayores ni distintas⁹²². Asimismo, no puede proponer diligencias probatorias⁹²³, ni testigos ni peritos, ni menos examinarles o contra examinarles.

Tal es el rol distante de la Corte que se ha dicho que el juez no puede “*descender a la arena (de batalla) sin que incurra en la responsabilidad de nublar su visión con el polvo del conflicto*”⁹²⁴, y que actuar de otra manera sería inevitablemente confundir el rol del juez con el del abogado⁹²⁵.

A su vez, el rol de las partes se define en contraposición al del juez, bajo el paradigma de “control de las partes” *-party control-* es a ellas a quien les corresponde, mediante el denominado impulso de parte, el comenzar, conducir, preparar y promover el avance del proceso civil⁹²⁶. Tienen la libertad de decidir qué asuntos litigar y cuáles no, que evidencia

⁹¹⁹ POLLOCK, Frederick y MAITLAND, Frederic. The History of English Law. Vol. II. Cambridge University Press. Cambridge. 1898. p. 671. Cabe mencionar que la referencia al críquet no es baladí, toda vez que en dicho juego el referee o umpire solo resuelve una determinada situación del juego a solicitud de parte, de forma tal que si no existe reclamo el juego continúa sin ninguna interrupción; por alteridad, el referee en el fútbol debe impartir justicia y sancionar de forma inquisitiva, como un deber para con el juego y no depende de las solicitudes de ninguno de los equipos.

⁹²⁰ JACOB, Jack I. H. The fabric. Op. Cit. pp. 6-7.

⁹²¹ Ibid. p. 7.

⁹²² Ibid. p. 8.

⁹²³ *Re A Minor* [1982] 1 W.L.R. 438.

⁹²⁴ *Yuill v Yuill* [1945] All ER 183.

⁹²⁵ *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55, C.A.

⁹²⁶ JACOB, Jack I. H. The fabric. Op. Cit. pp. 13-14.

proponer y rendir, pueden de común acuerdo extender todos los plazos dados por los jueces, asimismo, pueden desistirse o transigir en cualquier etapa del juicio⁹²⁷.

De la misma manera, durante siglos, y especialmente desde la dictación de las *Supreme Court Rules* 1873, a finales del siglo XIX, el objetivo del proceso civil británico (en ese momento aplicaba a todos los países bajo el imperio) era la resolución de disputas privadas a través de lo que se denominaba justicia sustancial o justicia sobre el fondo del asunto -*substantial justice*- o -*justice on the merits*- una idea que pretendía que los casos presentados ante tribunales fueran resueltos siempre de la manera correcta⁹²⁸, o de la manera más correcta posible, toda vez que el ideal de la justicia sustancial era aplicar el principio o norma jurídica correcta a los hechos del caso, obteniendo una solución para las partes que, además de ser final y definitiva, fuera la correcta, y por lo tanto justa⁹²⁹. Desde tal perspectiva, el procedimiento debía estar al servicio de ese objetivo, y se buscaba evitar complejos tecnicismos procesales que impidieran alcanzar ese objetivo⁹³⁰. En general, se veía con desconfianza la regulación del proceso civil por un estatuto especial, considerado un confinamiento de la libertad de los jueces para maniobrar en búsqueda de la justicia sustancial, así LORD COLLINS señalaba a principios del siglo pasado que:

*“Una Corte conduzca sus asuntos sin un código de procedimiento, creo que en relación a las reglas prácticas de cómo hacer el trabajo de la justicia debe tener el rol de la sirvienta en vez de el de la señora de la casa, y la Corte no debe estar fuertemente atada por esas reglas, las que después de todo solo pretenden ser simples reglas de procedimiento, por lo que no deben llevarse al punto de producir injusticia en el caso concreto”*⁹³¹

La cita al pasaje jurisprudencial supone el epítome de la aproximación británica al procedimiento como un mero conjunto de reglas auxiliares al servicio de la justicia material⁹³², de cuyos problemas nos instruiremos en el apartado siguiente.

⁹²⁷ Ibid. p. 15.

⁹²⁸ BENTHAM, Jeremy. Principles of Judicial Procedure. En: Collected Works of Jeremy Bentham. Vol II. ed. Bowring. Edinburgh. 1938. p. 43. El autor denominaba este principio fundante de la justicia civil como “Rectitud de la decisión”.

⁹²⁹ Para un estudio completo de la idea de “justice on the merits” véase SORABJI, John. English Civil Justice. Op. Cit. pp. 30-63.

⁹³⁰ Ibid. p. 61.

⁹³¹ *Re Coles and Ravenshear*, [1907] 1 KB 1-4. Lord Collins. Del original “*that a Court cannot conduct its business without a code of procedure, I think that the relation of rules of practice to the work of justice is intended to be that of a handmaid rather than mistress, and the Court ought not to be so far bound and tied by rules, which are after all only intended as general rules of procedure, as to be compelled to do what will cause injustice in the particular case.*”

⁹³² CLARK, Charles. The Handmaid of Justice. Washington University Law Quarterly. Vol. 23. No. 3. 1938, p. 298. *Tildesley v Harper* 10 ChD 393.

1.4.1.2 PROBLEMAS Y CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL

Tras un siglo de vigencia y una enraizada cultura judicial el sistema de justicia civil inglés consagrado en las *Supreme Court Rules* de 1873 comenzó a evidenciar muestra de agotamiento e imposibilidad de dar abasto con la demanda de causas que debía manejar, de la misma manera el principio adversarial y el aumento de la litigación hacia segmentos de la población que tradicionalmente no estaban comprendidos dentro de los destinatarios del sistema generó el colapso de la estructura procesal civil⁹³³. Este fenómeno llevo a que en 1995 se le encargara a LORD WOOLF la elaboración de un reporte del estado de la justicia y propusiera una reforma que pudiera hacerse cargo de las demandas de la ciudadanía de cara al siglo XXI⁹³⁴. Tal informe fue conocido como el *Woolf Report* y dio origen a un entramado de revolucionarias reformas a la maquinaria de la justicia aplicable a Inglaterra y Gales, conocidas como “*Woolf reforms*” cuya norma distintiva fue el *Civil Procedure Rules* de 1998, una ley estatutaria que vino a codificar un el procedimiento civil y que impuso una perspectiva completamente nueva, instaurando un objetivo preponderante *-overriding objective-* como piedra angular del sistema, que se erige como el principio rector de toda la administración de justicia⁹³⁵.

Los dos más reconocidos teóricos ingleses del proceso civil, NEIL ANDREWS y ADRIAN ZUCKERMAN, han explicado los motivos que justificaron esta reforma desde una perspectiva similar, señalando que, en cualquier caso, se trata de problemas comunes a todos los sistemas de justicia en todas partes del mundo⁹³⁶.

Así, ZUCKERMAN señala que la justicia tiene tres grandes dimensiones de las que hacerse cargo, y de donde surgen la mayoría de los problemas:

- a) **Justicia y verdad:** el principio general de la búsqueda de la justicia sustancial o en el fondo produce una deformación del sistema de justicia, especialmente del proceso civil⁹³⁷. Bajo la excusa de la búsqueda de la verdad para la decisión correcta las partes sobreexplotaron el sistema, no se cumplen los plazos, ni se

⁹³³ Woolf Final Report. 1996. Párrafo 274

⁹³⁴ SORABJI, John. English Civil Justice. Op. Cit. p. 20.

⁹³⁵ ANDREWS, Neil. The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency: Reflections on the Recommendations of the Woolf Report. En: A. Zuckerman and R. Cranston (eds). Reform of Civil Procedure: Essays on Access to Justice. Oxford University Press. Oxford. 1995. p. 171.

⁹³⁶ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford University Press. Oxford 1999. p. 4.

⁹³⁷ *Ibíd.* p. 6.

entregan los documentos en fecha, ni se cumple con las órdenes del juez, pero nada de eso puede generar una sanción que afecte la posibilidad de una decisión menos correcta⁹³⁸. De esa manera el sistema se corrompe y se produce un completo desbalance entre la búsqueda de la justicia, legítimo ideal al que debe aspirar cualquier sistema procesal, con una absoluta indolencia de las partes ante la imposibilidad de ser sancionados ante el incumplimiento de deberes y cargas procesales, transformando la justicia civil en una empresa caótica y compleja, cuestión crítica si se produce un aumento significativo de la demanda del sistema por parte de nuevos usuarios⁹³⁹.

- b) Tiempo:** La litigación civil tiene como una de sus grandes desventajas el que no es rápida. El tiempo es un factor relevante, y en el que se suelen centrar los esfuerzos de todas las reformas judiciales. Si a la demora propia de un proceso se le agrega un desmesurado interés por la búsqueda de la justicia sustantiva y la irrenunciable búsqueda de la decisión correcta el resultado es la inevitable demora en la administración de justicia⁹⁴⁰.

Esta tardanza va minando constantemente el funcionamiento del sistema, incluso en la paradoja de la búsqueda de la justicia, pues la evidencia se deteriora con el tiempo, el recuerdo de los testigos se borra, los documentos se pierden, por lo que averiguar la verdad se convierte una búsqueda aún más dificultosa. De la misma manera, la máxima de justicia demorada es justicia denegada⁹⁴¹, supone que existe una oportunidad para la reivindicación judicial de los derechos, cuya utilidad depende que su tutela sea correcta, no solo en cuanto al fondo, sino también en cuanto al momento. Es decir, las absurdas dilaciones de tiempo que experimentó el sistema de justicia inglés durante el siglo pasado repercutió en que las decisiones llegaran tarde, y se transforman muchas veces en irrisorias, verdaderas victorias pírricas.

Asimismo, el retraso en la tramitación de procedimientos solo produce una sobrecarga del sistema, en el entendido de que es imposible compensar la cantidad de causas que ingresan con la cantidad de casos que salen del sistema resueltos,

⁹³⁸ SORABJI, John. English Civil Justice. Op. Cit. p. 21.

⁹³⁹ ZUCKERMAN, Adrian. Dismissal for delay - the emergence of a new philosophy of procedure. Civil Justice Quarterly. Vol. 17. N°2. 1998. pp. 224-225.

⁹⁴⁰ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 7.

⁹⁴¹ "Justice delayed is justice denied" atribuida a William Ewart Gladstone en 1860.

por lo que se produce un atasco gigantesco, generando aún más gasto de tiempo y carga de trabajo para los tribunales⁹⁴².

- c) **Costo:** como señala el propio ZUCKERMAN la calidad del proceso suele ser consecuencia de la cantidad de recursos que coloquemos en su diseño y funcionamiento⁹⁴³. Un sistema sobrecargado, sin los recursos necesarios estará destinado al fracaso. Así, la búsqueda de una justicia sustancial que no limita los tiempos de los procesos tiende solo a incrementar los costos, mediante el uso reiterativos de etapas judiciales, oportunidades perdidas, plazos no cumplidos y actuaciones que deben repetirse⁹⁴⁴.

De la misma manera el sistema de representación en Inglaterra y Gales supone un cobro universal por hora de trabajo, lo que, en relación al aumento exponencial del tiempo de litigación, trajo un aumento de costos equivalentes para las partes, quienes sufren el aumento de los honorarios por cada hora adicional de trabajo de sus abogados⁹⁴⁵. A su vez, los profesionales legales no tienen ningún incentivo para ahorrar tiempo, atendido a que cada hora es cobrada al respectivo cliente⁹⁴⁶, y, además, deben invertir cada vez más en la búsqueda de una justicia decisivamente correcta en casos de litigación cada vez más compleja (con el devenir del siglo XX aparecieron litigios sobre propiedad intelectual digital, genética, biotecnología, etc).

Desde la perspectiva pública, el gasto de recursos en el proceso civil también se ve exorbitado, en atención a la demora y a la enorme cantidad de causas que deben procesarse, transformando a la justicia civil en servicio público defectuoso que supone más un gasto que una inversión para el Estado⁹⁴⁷.

Debido a los problemas descritos en cada una de estas dimensiones o caminos de la justicia civil, es que se propuso la reforma cuyas líneas generales se expresan a continuación.

⁹⁴² GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press. Cambridge. 2008. pp. 50-55.

⁹⁴³ ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Justice in Crisis*. Op. Cit. p. 8.

⁹⁴⁴ SORABJI, John. *English Civil Justice*. Op. Cit. p. 21.

⁹⁴⁵ GENN, Hazel. Op. Cit. 53.

⁹⁴⁶ *Symphony Group plc v. Hodgson* [1993] 4 All ER 143. Este caso resulta paradigmático, toda vez que una compañía demandó a un ex empleado por no respetar un cláusula de no competir, la remuneración del demandado eran 10.000 libras al año. La compañía venció en el juicio, obteniendo una sentencia favorable, sin embargo, el costo de los honorarios, costo de peritos y testigos y expertos, tasas y costas alcanzó las 100.000 libras esterlinas.

⁹⁴⁷ ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights*. *Civil Justice Quarterly*. Vol. 26. N°1. 2007. pp. 3-4.

1.4.2 REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL Y *OVERRRIDING OBJECTIVE*

El resultado del *Woolf Final Report* fue la idea, por primera vez en la historia de Inglaterra, de codificar las reglas de procedimiento civil⁹⁴⁸, mediante la dictación en 1998 del *Civil Procedure Rules -CPR-* que entró en vigencia en 1999⁹⁴⁹. Esta reforma no solo supuso un cambio de paradigma en la técnica legislativa, decidir codificar la ley, sino que impuso un cambio de filosofía respecto al proceso civil, instaurando por primera vez un *overriding objective* -objetivo primordial-, definida como la “política general y “omnipresente” del proceso civil –“*all controlling policy*”⁹⁵⁰, que obliga a que todo el sistema de justicia deba construirse, funcionar e interpretarse a la luz de esta nueva doctrina filosófica. Este objetivo primordial se estableció en la regla 1.1 del CPR en los siguientes términos⁹⁵¹:

CPR1.1(1): Estas reglas son el nuevo código procesal con el objetivo primordial de permitir a la Corte tratar con casos de manera justa y a un costo proporcionado

(2) Lidar con los casos justamente a un costo proporcionado incluye, tanto como sea practicable:

f) Ejecutar y hacer cumplir las reglas, direcciones prácticas y órdenes (de la Corte)

La introducción de este nuevo paradigma, supone una visión renovada de la justicia civil, pero impone un principio rector que viene a romper la estructura tradicional de la justicia en Inglaterra y Gales, y en general en el *common law*⁹⁵², toda vez que se sustituye el ideal anterior de búsqueda de corrección y justicia sustancial por uno que comprende la intención de esa búsqueda, pero a un costo proporcionado, tanto del sistema de justicia como de la partes, de forma tal de hacer compatible la justicia sustantiva con la justicia procesal como su forma de reivindicación y ejercicio ante los tribunales⁹⁵³.

⁹⁴⁸ Lo dice expresamente la regla 1.1 del CPR.

⁹⁴⁹ La reforma de 1998 fue complementada el año 2013 por la denominada *Jackson Reform* por la cual se puso énfasis en la necesidad de disminuir el costo de la litigación tanto para las partes como para el Estado.

⁹⁵⁰ *Woolf Final Report*. 1996. Párrafo 274; *Swain v Hillman* [2000] 1 All ER 91 párrafos 92 – 94.

⁹⁵¹ CPR1.1(1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

(2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable

...

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.”.

⁹⁵² *Hashroodi v Hancock* [2004] 1 WLR 3206 Párrafo 16: “*CPR consagra una nueva era en la cual, en aspectos significativos, las practicas y aproximación a la litigación civil han sido abandonadas*”

⁹⁵³ *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No 3)(Three Rivers)* [2003] 2 AC 1. Párrafo 106.

El concepto clave es el que SORABJI denomina proporcionalidad estructural o colectiva⁹⁵⁴, en el que corresponde a los jueces determinar una serie de aspectos relativos al proceso según les parezca más adecuado, atendido el caso concreto en disputa, para cumplir con el objetivo preponderante. Esta justicia estructural supuso la creación de “vías procesales” *-procedural case tracks-* que estiman diversos procedimientos, en duración y complejidad, según la cuantía de lo demandando, de manera tal de evitar la desproporción entre el costo de la litigación y el valor de la cosa disputada. Dentro de los cambios más significativos al sistema, se destacan los siguientes⁹⁵⁵:

- a) Creación y consagración expresa de un objetivo primordial como base de todo el sistema de justicia civil, respetuoso del debido proceso, la justicia procesal y el costo proporcionado de la justicia en relación al resto de los usuarios del sistema.
- b) Introducción de manejo activo del proceso por parte del juez (*active case management*), restringiendo notoriamente los principios de autonomía de la voluntad en el proceso civil, control de partes e impulso exclusivo de los litigantes, por uno en que el juez tiene iniciativa para controlar el avance y progresión del proceso⁹⁵⁶.
- c) Introducción de la introducción expresa de que el control judicial debe ejercerse con miras al cumplimiento efectivo del objetivo primordial. Por ello en la letra f) de la regla 1.1 se establece que se obligue a ejecutar los mandatos de la corte, en lo relativo al cumplimiento y observancia de plazos y actuaciones, las que podrán sancionarse en caso de incumplimiento por parte del juez. La idea es asegurar que ningún usuario individual use más recursos del sistema que los que su caso realmente requiere⁹⁵⁷.
- d) Se permite ahora una etapa de prueba abreviada (*proportionate disclosure*), límites a la contratación de peritos y expertos para concurrir al juicio, reducir los plazos. Asimismo, el juez debe elaborar una tabla de tiempo, un itinerario del caso con plazos y fecha en función del valor de lo disputado y la complejidad de la materia⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ SORABJI, John. English Civil Justice. Op. Cit. pp. 160-165.

⁹⁵⁵ DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. p. 11.

⁹⁵⁶ CPR. Rule 3.1. En general, todos los procesos de reforma a la justicia civil iniciados a finales del siglo pasado tienen en alguna medida esta misma aproximación. En ese sentido véase lo dicho MONTERO AROCA, Juan. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil los poderes del juez y la oralidad. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. pp. 30 y ss . Para profundizar véase infra Parte Cuarta 2.1.

⁹⁵⁷ Woolf Final Report. 1996. Párrafo 24.

⁹⁵⁸ CPR rules 2.8 y 2.9

e) Incentivar la colaboración de las partes entre sí y para con la Corte⁹⁵⁹.

La instalación de la nueva idea de justicia civil en Inglaterra y Gales no fue sencilla, y no estuvo, ni está exenta de críticas, tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia⁹⁶⁰. Se señala que no ha logrado disminuir los costos de la litigación, y que la reducción de tiempo ha sido a costa de una mejor calidad en la adjudicación, señalado como “más acceso a menos justicia”⁹⁶¹, y que la descongestión del proceso se ha debido, entre otros factores, al enorme incentivo del CPR a las soluciones autocompositivas, más que a la eficiencia del propio código⁹⁶².

De la misma manera se critica que supone un alejamiento demasiado drástico de la cultura adversarial histórica del proceso civil⁹⁶³, y que ello no viene sino a generar pugnas dentro de la administración de justicia al no dejar delimitado hasta donde llegan las nuevas facultades inquisitivas de los jueces.

No obstante lo mencionado, y lo difícil que puede significar asignar valor “proporcionado” a una causa en relación al resto del sistema en un momento determinado⁹⁶⁴, se ha señalado que el esfuerzo a nivel de todos los operadores del sistema redundará en un mejor servicio. Lo anterior, supone el esfuerzo de congeniar las tres dimensiones de la justicia civil en un sistema que funcione, es decir, decisiones correctas, en tiempo razonable y a un costo proporcionado⁹⁶⁵.

El estudio de esta reforma tiene impacto en la forma en que hoy es comprendida la cosa juzgada y otros principios que inspiran la definitividad de las decisiones judiciales, toda vez que tiene el mérito de comprender al proceso civil como integrante de un sistema de justicia, que, en su conjunto, desborda la esfera de la litigación como una cuestión privada y supone un servicio público entregado por el Estado indispensable para la seguridad

⁹⁵⁹ CPR Rule 1.4

⁹⁶⁰ ZANDER, Michael. The Woolf reforms: What's the Verdict? En: DWYER, Déirdre (ed). The Civil Procedure Rules Ten Years On. Oxford University Press. Oxford. 2009. p. 424.

⁹⁶¹ HANYCZ, Colleen. More access to less justice: efficiency, proportionality and costs in Canadian civil justice reform. *Civil. Justice Quarterly*. Vol. 27. N°1. 2008. pp. 110-115.

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ ANDREWS, Neil. A new civil. *Op. Cit.* p. 22.

⁹⁶⁴ SORABJI, John, English Civil Justice. *Op. Cit.* pp. 160-165.

⁹⁶⁵ ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. *Op. Cit.* p. 27.

jurídica y el resguardo del Estado de Derecho, fundamentos compartidos como marco conceptual que justifica la existencia de la *res judicata*⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ *Ropac Ltd v Inntrepreneur Pub Co. (CPC) Ltd* [2001] L.&T.R. 10 Párrafo 30 Lord Neuberger “*el objetivo primordial es un factor de interés público que va largamente más allá del hacer justiciar entre las partes*”.

CAPITULO II

CONFIGURACION DE LAS REGLAS DE “FINALITY” O DEFINITIVIDAD DE LA LITIGACIÓN

“La cosa juzgada no es otra cosa que una ficción que construye el derecho para poder seguir funcionando, una mentira que nos decimos todos los días para poder ir a trabajar sabiendo que podemos haber tomado una decisión incorrecta en un caso específico, pero que es mejor dejar así para que lo demás siga funcionando”

Anónimo

INTRODUCCIÓN

Dentro de la visión panóptica del derecho inglés respecto a la necesidad de poner fin a la litigación reiterativa se denomina *finality* -finalidad- a todas las doctrinas que proponen una prohibición o inhibición de algún tipo que impide el reinicio de un procedimiento sobre el cual ya ha recaído una decisión. Al respecto, existe una general aceptación en que la finalidad de las decisiones no debiera dejar el menor espacio para su repetición⁹⁶⁷, reconociendo como propia incluso la máxima romana *interest rei publicae ut finis sit litium*.⁹⁶⁸, así como en el hecho de que las decisiones judiciales generan un manto de protección para los litigantes, que se traduce en la máxima latina *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, Traducido por ANDREWS como “nadie debiere ser molestado dos veces por el mismo asunto”⁹⁶⁹.

Cabe hacer presente, como señala ZUCKERMAN, que en el derecho inglés este conjunto de doctrinas no suele ser fáciles de aplicar en la práctica, tanto porque suelen ser un tanto dispersas, como porque muchas veces la diferencia entre una y otra no es siempre una cuestión fácil de identificar⁹⁷⁰. Es decir, lo que un día en la formación de la judicatura

⁹⁶⁷ MILLAR, Robert. Vol. 39. N°. Op. Cit. p. 1-2. SINAI, Yuval. Op. Cit. pp. 261-262.

⁹⁶⁸ Lord Bridge of Harwich en *Thrasivoulou v Secretary of State for the Environment* [1990] 2 AC 273.

⁹⁶⁹ “No one should be disturbed twice in the same matter”. ANDREWS, Neil. *Andrews on Civil Processes-Intersentia*. Londres. 2013. Vol. I. p. 464.

⁹⁷⁰ *Ibid.* p. 1238.

anglosajona parecía sencillo, tras los siglos y, especialmente, las interpretaciones dogmáticas y jurisprudenciales se ha transformado en un verdadero laberinto legal⁹⁷¹. En esa misma línea, la jurisprudencia de la Corte Suprema del Reino Unido ha reconocido esta falta de claridad señalando que la cosa juzgada “es un término compuesto, utilizado para describir un número diverso de principios jurídicos de distinto origen”⁹⁷².

Sin embargo, es posible distinguir dos de estas doctrinas suficientemente diferenciadas en las fuentes. Existe, por un lado, la *Res Judicata*, cosa juzgada propiamente tal, y la doctrina del *abuse of process*, también conocida bajo el nombre de “*Henderson doctrine*” en relación con el caso respecto del cual su sentencia se considera el precedente que le ha dado fisonomía. La primera, *res judicata*, se corresponde con lo que, en el derecho continental, como el alemán, el español o el chileno -como tradición jurídica tributaria de dichos ordenamientos- se concibe como cosa juzgada, entendida como la imposibilidad de re-litigación de un asunto sobre el cual ya existido un pronunciamiento judicial y en el que entre ambos procesos existe la identidad de ciertos supuestos.

Sin perjuicio de las justificaciones y fundamentos de la existencia de la institución de la *res judicata* en el derecho inglés, analizadas en el capítulo respectivo⁹⁷³, la doctrina inglesa ha señalado que la imposición de una prohibición de volver a discutir lo mismo nuevamente supone un intento de evitar por parte del litigante vencido el robar a la vencedora la victoria ganado con trabajo duro a través de perturbación o molestia de tener que volver a revisar la cuestión⁹⁷⁴. Asimismo, dentro de la idea general de la doctrina de la *res judicata* existen diversas instituciones que no responden necesariamente a una fisonomía exactamente igual, pero que dada las características, fundamentos y efectos se asocian bajo el marco de la cosa juzgada, como son *cause of action estoppel*, *issue estoppel* y la doctrina *merger*.

Tal como se ha dicho, la *res judicata* en el derecho inglés orbita sobre sobre la hipótesis de que se ha resuelto una cuestión a través del pronunciamiento de una sentencia. Por otro lado, tal como se detallará *infra*⁹⁷⁵, la doctrina del *abuse of process* versa sobre aquellas

⁹⁷¹ STEAKLEY, Zollie and HOWELL, Weldon. Op. Cit. p. 355.

⁹⁷² Esta declaración fue realizada por Lord Sumption en el caso *Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK Ltd* [2013] UKSC 46 (3 July 2013) at 17. Del original “*Res judicata is a portmanteau term which is used to describe a number of different legal principles with different juridical origins*”.

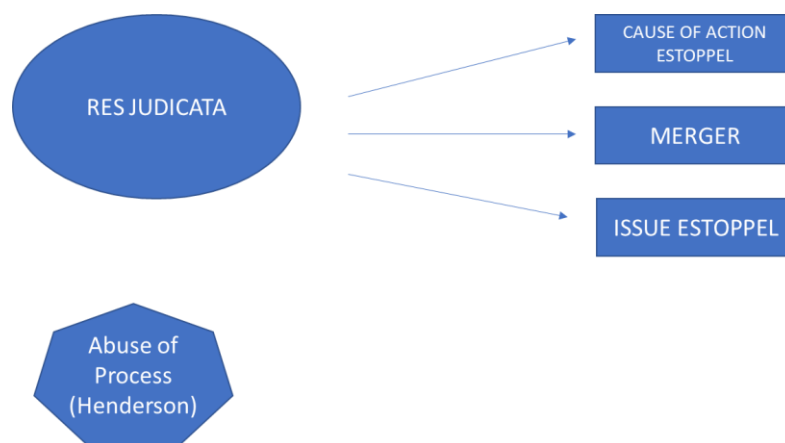
⁹⁷³ Véase *supra* Parte Primera 1.3.3

⁹⁷⁴ “*That party is effectively seeking to rob the latter (other party) of his hard-won victory by putting him to the trouble of litigating the matter again*”. ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1239.

⁹⁷⁵ Véase 3.3.3

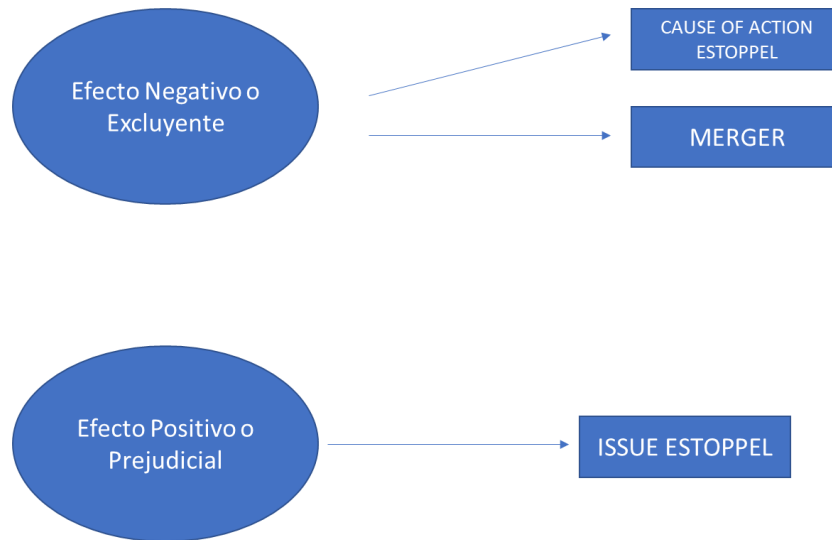
cuestiones que pudiendo ser litigadas no lo fueron, es decir, cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes diligentemente pudieron haber traído a la discusión dada su relación con la causa y que no lo hicieron. Ambas hebras de la idea inglesa de clausura de proceso se examinarán en los acápites siguientes. Se trata de una doctrina jurisprudencial que pretende evitar la litigación maliciosa, fundada en las facultades de la Corte para controlar la litigación, por la cual se termina el procedimiento si es que se ha detectado este abuso atribuido a la intención de “relitigar” un asunto que pudo haberse resuelto en la oportunidad respectiva, y que se estima la parte de reservó arteramente para un momento posterior⁹⁷⁶.

Esquema 1: Conceptos que se comprenden bajo la institución de la *res judicata* en tanto sus fundamentos teóricos de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia



Esquema 2: Comparación con Cosa Juzgada en LEC/2000

⁹⁷⁶ MALEK, Hodge. Phipson on evidence. (19th ed.). Sweet & Maxwell London. 2018. p. 1545.



Esquema 3: Tabla comparativa de instituciones relacionadas con la *res judicata*

	Cause of Action	Merger	Issue Estoppel	Abuse of Process
Se considera parte de la doctrina de la <i>res judicata</i>	X	X	X	
Excluye nuevo pronunciamiento de segundo proceso	X	X		X
Excluye nuevo pronunciamiento sobre cuestiones específicas			X	
Puede ser usado por demandado vencedor en primer juicio	X		X	X
Puede ser usado por demandado vencido en primer juicio		X	X	X
Puede ser declarado de oficio por el Juez				X

Puede alcanzar a sujetos fuera del efecto inter partes (<i>mutuality</i>)			X	X
Obliga hacer valer todas las pretensiones que emanan de la misma cause of action	X	X		X
Obliga a hacer valer todas las pretensiones relacionadas aunque no surjan de la misma cause of action				X

2.1 RES JUDICATA EN EL COMMON LAW, ESPECIALMENTE EN INGLATERRA Y GALES

En el derecho inglés, y a través de su influencia original en prácticamente todas las jurisdicciones en las que existe un sistema caracterizable como propio del *common law*, incluidos los Estados Unidos, Canadá y Australia, la doctrina de *res judicata* se compone de dos principales hebras, sin perjuicio de que en las antiguas colonias la diferencia se ha ido matizando al punto de volverse difusa, en Reino Unido subsiste aún con claridad. Se trata de entender el fenómeno inhibitorio de la cosa juzgada desde una medida dual, atendiendo el resultado obtenido por las partes en el juicio original. Si el demandante ha obtenido una sentencia que pueda considerarse “favorable”, aunque no se acoja completamente su pretensión, pero se ha reconocido en ella la existencia de su derecho y de una causa legal para su reivindicación, la *res judicata* opera como lo que se denomina *bar*, es decir una prohibición de reiniciar un proceso por parte del vencedor en contra del vencido, especialmente en aquella parte que no ha quedado completamente satisfecho. Esta idea de prohibición de inicio de relitigación surge de una idea propia del *common*

law denominada *merger*, y sobre la cual nos detendremos más adelante⁹⁷⁷, pero que, en principio, supone la extinción de la pretensión en el fallo que la reconoce, aunque solo lo haga parcialmente.

Por otro lado, si el resultado de la sentencia ha sido favorable al demandado, no habiéndose reconocido la existencia de un derecho en favor del demandante, en el derecho inglés la cosa juzgada opera como un *estoppel*⁹⁷⁸, es decir como un mecanismo de defensa del demandado en un eventual juicio por el cual podrá rápidamente solicitar se inadmita la pretensión del demandante, en este caso, por existir cosa juzgada⁹⁷⁹. Esta idea de defensa del perdedor “por haber vencido” se complementa a la mencionada idea de *bar*, “defensa por haber ganado” resultando eminentemente teóricas, toda vez que en, en la práctica su ejercicio es prácticamente indiferenciable y por confusas que puedan parecer no son sino dos formas diversas de mirar la misma institución. De cualquier manera, en otras jurisdicciones anglosajonas la diferencia teórica recién planteada ha caído en desuso, y es así como la mayoría de la literatura y fuentes que hablen de cosa juzgada la enunciaran como “*res judicata estoppel*” o simplemente *res judicata*⁹⁸⁰.

Así las cosas, a continuación de estudiará pormenorizadamente cada componente de las reglas de definitividad del derecho inglés, y del *common law* en general, a la luz del esquema expresado más abajo, partiendo de la división primera entre *estoppel* y *merger* y, en el capítulo siguiente se tratará el *abuse of process*, entendido como una regla preclusiva extensiva que no forma parte de la *res judicata* y que participa de características diversas.

Como cuestión previa y relevante, corresponderá decir que todas las formas de *finality* asociadas a la *res judicata* en el derecho inglés suponen el ejercicio voluntario de la

⁹⁷⁷ Ver *infra* Parte Tercera 3.3.2.1

⁹⁷⁸ De acuerdo al diccionario legal de Oxford un *estoppel* es una regla de evidencia o derecho sustantivo que previene o impide a una persona negar la veracidad o la existencia de algún hecho o derecho que el mismo ha alegado que existe. En términos procesales, se usa como una defensa para impedir de contradiga algo que ya se ha resuelto, cuya veracidad ya ha sido decretada. LAW, Jonathan y MARTIN, Elizabeth. Oxford Dictionary of Law (7th Ed.) Oxford University Press. Oxford. 2014. Al respecto la jurisprudencia de Estados Unidos, manifestando su disconformidad con el concepto y la idea de certeza emanada del fallo intentó reformular el concepto, construyendo un *estoppel ad hoc* “*Estoppel es una admisión o determinación bajo circunstancias de tal solemnidad, que la ley no permitirá que los hechos o el derecho decretados sean posteriormente puestos en duda o cuestionados por las mismas partes o sus privies*” *Burlen v. Shannon* 99 Mass. 200

⁹⁷⁹ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.).

⁹⁸⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE. The Restatement of Judgments (second). 1982. § 18.

facultad de hacerlas valer⁹⁸¹. La estructura adversarial tradicional del *common law* exige que quien se vea beneficiado de la doctrina preclusiva la haga valer como una defensa - denominadas *pleas*-, sea *cause of action estoppel* o doctrina *merger*⁹⁸². La consecuencia lógica de lo anterior, inspirado en los principios clásicos del proceso civil inglés, es que la cosa juzgada sea renunciable tácitamente ante su falta de ejercicio oportuno⁹⁸³, y el hecho de no poder ser declaradas inquisitivamente por la Corte.

2.1.1 ESTOPPEL BY RECORD (PER REM JUDICATAM)

La primera forma de aproximarse al estudio de la cosa juzgada en el derecho inglés debe observarse desde el prisma de las defensas de quien ha participado en un proceso y, habiendo prevalecido como demandado, tiene derecho a no ser perturbado nuevamente por el mismo asunto. En ese contexto, el estudio de la cosa juzgada se mira desde la perspectiva del *estoppel*, el que, a su vez, también tiene una doble categorización. Esta vertiente bicéfala, se divide las denominadas “*cause of action estoppel*” e “*issue estoppel*”⁹⁸⁴. No obstante lo anterior, es posible que esta nomenclatura pueda ser encontrada en la literatura, especialmente en los Estados Unidos, bajo las conceptualizaciones de *claim preclusion* y *collateral estoppel*⁹⁸⁵, la que se corresponden con aquellas enunciadas anteriormente.

La fuente más citada y de mayor relevancia por su jerarquía y claridad, aunque no la única, en materia de *res judicata* en el derecho inglés es el caso *Arnold v. National Westminster Bank* de 1991, una sentencia en la cual los jueces dieron cuerpo, de forma prístina, al concepto de cosa juzgada e hicieron la diferencia entre todas de las hebras en comento, tanto el contenido de ambos *estoppels*, *cause of action* e *issue*⁹⁸⁶.

⁹⁸¹ BARNETT, Peter. *Res judicata, estoppel, and foreign judgments: the preclusive effects of foreign judgments in private international law*. Oxford University Press. New York. 2001. p. 19.

⁹⁸² SCHAFFSTEIN, Silja. Op. Cit. p. 26. BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 19. VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 70

⁹⁸³ VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 70. *Republic of India and Others v India Steamship Co Ltd (Indian Grace)* [1993] AC. Párrafos 421-422.

⁹⁸⁴ WATSON, Garry. *Duplicative litigation: issue estoppel, abuse of process and the death of mutuality*. *Canadian Bar Review*, Vol. 69. N°4. 1990. p. 626. Véase también. ZUCKERMAN, Adrian. *On Civil Process...* Op. Cit. pp. 1238-1240. ANDREWS, Neil. *On Civil Process...* Op. Cit. pp. 468-469.

⁹⁸⁵ SINAI, Yuval. Op. Cit. p. 354.

⁹⁸⁶ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L) En el caso de Estados Unidos el caso de mayor referencia es *Sawyer v Woodbuy* 7 Gray (Mass.), 499, pronunciando por la Corte de Massachussets donde el Juez Shaw señaló “*Es un principio subyacente a las fundaciones de cualquier jurisprudencia, que, cuando un derecho o un hecho ha sido judicialmente tratado y resuelto por una corte dotada de jurisdicción y competencia, dicha sentencia, mientras no sea revocada, será final y conclusiva respecto de las partes que participaron en ella*”. En el mismo sentido suele ser citado el caso *Cromwell v. County of Sac* 22 Ill.94 U.S. 351

La construcción teórica antes mencionada requiere comprender el concepto de *estoppel*, ajeno a la tradición procesal de Europa continental moderna. *Estoppel* es un vocablo derivado de la voz normanda-francesa *estoupail*⁹⁸⁷, que atiende a un tapón o corcho por el cual se evita que una determinada sustancia salga del lugar en el que se encuentra contenida⁹⁸⁸, y que fue asociada a una forma de detener o frenar situaciones de desequilibrio jurídico⁹⁸⁹. Se relaciona con el verbo “estop”, que proviene también del francés antiguo *estopper*, en el sentido de “detener, impedir”, el que a su vez supone de gran influencia en el actual uso de lengua inglesa del verbo “stop” es decir, detener⁹⁹⁰. La idea de estos *estoupail* como mecanismos jurídicos se acuña en los antiguos procesos de las islas británicas, que tras las conquista normanda en el siglo XI conducían sus procesos judiciales en francés-normando, y donde se utilizaba la expresión como una formula, los *estoppels*, bajo la cual se englobaban diversas formas de evitar o impedir consecuencias jurídicas asociadas a la contradicción de un sujeto, al hecho de intentar contravenir su propia conducta o aprovecharse e intentar deshacer dolosamente aquello que antes había ya realizado⁹⁹¹. La mayoría de estos *estoppels* no se relacionan con la judicatura, sino que se tratan en el derecho sustantivo, especialmente en relaciones contractuales⁹⁹².

En los más de 900 años de evolución del concepto, el *estoppel* fue adquirido y depurado por los comentaristas y juristas ingleses y llevado a las colonias con la expansión del imperio británico a prácticamente todos los lugares del orbe⁹⁹³. Hoy en día existen diversos *estoppels*, que siguen respondiendo, sin perjuicio de la institucionalidad moderna, a la misma idea de no contradicción de la conducta de un sujeto, en atención a la expectativa generada tanto en su contraparte como en el sistema jurídico en general⁹⁹⁴,

⁹⁸⁷ Lord Denning en *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283, 316-317.

⁹⁸⁸ *Ibid.* Véase también. NISIMBLAT, Nattan. Op. Cit. p. 249.

⁹⁸⁹ NISIMBLAT, Nattan. Op. Cit. p. 249.

⁹⁹⁰ *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283, 316-317.

⁹⁹¹ *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283, 316-317. Véase también NISIMBLAT, Nattan. Op. Cit. p. 249. ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. 494.

⁹⁹² En cuanto a la dispersión de doctrinas que cubre hoy el concepto de *estoppel* se pronunció el propio Lord Denning en el citado caso *Hunter*: “Desde su origen simple esta doctrina se ha construido durante siglos en una casa muy grande con muchas habitaciones, esa casa se llama *estoppel*, en la época de Lord Coke (1776) esta casa solo tenía 3 habitaciones, pero hoy en día se han construido tantas otras que es posible confundirse entre todas ellas, pero todas esas habitaciones tienen un solo techo común sobre ellas, una persona esta impedida de decir o hacer algo contra lo que ha se ha dicho” Véase también COOKE, Elizabeth. *The Modern Law of Estoppel*. Oxford University Press. Oxford. 2000. p. 5. ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. 494.

⁹⁹³ MILLAR, Robert. *Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata*. Illinois Law Review. Vol. 35. N°. 1. 1940-1941, p. 46.

⁹⁹⁴ NISIMBLAT, Nattan. Op. Cit. p. 249. VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. pp.62-63

siendo actualmente fundamento de una gran cantidad de doctrinas jurídicas, asociadas al derecho privado sustantivo, que no guardan necesaria relación actual entre ellas, sin perjuicio del origen común ya mencionado⁹⁹⁵.

En el contexto de la *res judicata* el concepto de *estoppel* se presenta como un impedimento de contradicción derivado de aquello que se ha dicho en juicio y que ha quedado plasmado en una sentencia judicial⁹⁹⁶, es decir, no pudiendo contradecirse, ni decirse de nuevo, aquello que se ha dicho en un fallo previamente dictado. Como se trata de un *estoppel*, deberá afectar a las mismas partes y tener como objeto una misma declaración que se intenta contravenir, de forma tal que es posible comprender su asociación al concepto de cosa juzgada.

En cualquier caso, la denominación de “*estoppel per rem judicata*” se rige como la forma contemporánea que la jurisprudencia y doctrina anglosajona le ha dado a la institución, en reemplazo de la que se utilizara mayoritariamente hasta poco más de 200 años, “*estoppel by record*”, la que, siendo esencialmente lo mismo, obtuvo su nombre de la pragmática aproximación británica al problema⁹⁹⁷. Lo anterior, en función de que “*record*” es la palabra usada para el nombre de las partes en cada expediente escrito de cada caso llevado al tribunal⁹⁹⁸, el que era un rollo de papel o pergamino usado durante siglos para archivar las causas⁹⁹⁹, de forma que lo que se decide en la sentencia por parte de la Corte queda registrado en dicho expediente, o *record*, por lo que se asoció a

⁹⁹⁵ Como ejemplos de estos *estoppels* pueden mencionarse: a) Estoppel by deed o formal estoppels: que apunta al impedimento de intentar contradecir en juicio o en una oportunidad posterior aquello que se ha declarado en un instrumento público, como una escritura. b) Estoppel in pais. También conocido como estoppel por conducta notoria apunta a la imposibilidad de contravenir la conducta propia, la que se ha hecho en forma notoria o constante en el tiempo y que genera una expectativa de comportamiento en la contraparte. Es el equivalente de la doctrina británica a la doctrina de los actos propios “*venire contra factum proprium non valet*”. c) Proprietary Estoppel: impedimento al propietario que habiendo prometido vender entrega la propiedad, previo a la venta, imposibilitándole la retractación. COOKE, Elizabeth. Op. Cit. pp. 8-10. NISIMBLAT, Nattan. Op. Cit. p. 2453.

⁹⁹⁶ En general un estoppel es una imposibilidad de contradicción de una conducta, por lo que este supone una evolución hacia lo dicho por un sujeto distinto, el juez. De todas maneras, mantiene su raíz en forma remota, pues lo dicho por el juez en el primer proceso estará siempre en relación a lo que las partes hayan mencionado en sus alegaciones delante de la Corte que ha dictado sentencia en dicho caso.

⁹⁹⁷ BIGELOW, Melville. A Treatise on the Law of Estoppel and its application in practise. Little, Brown and Co. Boston. 1876. p. 3.

⁹⁹⁸ En ese sentido el caso de mayor relevancia para la reflexión sobre los *estoppels*, incluyendo el de *estoppel by record* se encuentra en el caso como *Duchess of Kingston* [1776] EngR 16, donde Lord Coke señaló “*donde un hombre es concluyente respecto de sus propios actos o aceptación, ello deberá contar como verdad, sin poder desdecirse*”

⁹⁹⁹ BIGELOW, Melville. Op. Cit. p. 4.

“*estoppel by record*” el hecho de no poder volver a discutir ni contradecir lo que ya se había decidido y se encontraba registrado en ese “*record*”¹⁰⁰⁰.

De esta manera, el concepto romano de *res judicata*, incorporado por la conquista romana y reafirmado por la conquista normanda de las islas británicas¹⁰⁰¹, se funde en el concepto de *estoppel*¹⁰⁰², en una forma de vehiculizar en juicio y hacer valer en juicio para su beneficio la cosa juzgada. En tal sentido se examinar las dos hebras de la *res judicata* entendida como un *estoppel*: *cause of action estoppel* e *issue estoppel*.

2.1.1.1 CAUSE OF ACTION ESTOPPEL

La primera de las subdoctrinas contenidas en el concepto de *estoppel per rem judicata* inglés es la denominada *cause of action estoppel* -que para efectos de este trabajo podría denominarse “estoppel por causa de la acción”¹⁰⁰³- por la cual existe una imposibilidad de rediscutir el asunto cuando la denominada “*cause of action*” en ambos procesos es la misma, las partes son idénticas, sin perjuicio de sus sucesores legales, y la cuestión que se litiga (*subject matter*) es también igual¹⁰⁰⁴. Es la regla de preclusión más elemental de aquellas que componen la cosa juzgada, y la que supone mayor simpleza teórica. En tal sentido, resulta notable la máxima elaborada por el Juez HENRY FRIENDLY, quien refiriéndose a la *cause of action estoppel*, señaló que la regla tenía la virtud de ser “*hermosamente simple...y simplemente hermosa*”¹⁰⁰⁵. Tradicionalmente se asocia a la cosa juzgada negativa o excluyente del derecho continental¹⁰⁰⁶, sin perjuicio de tener diferencias importantes que vale la pena señalar. Su construcción teórica se erige desde este concepto base de la “causa de la acción”, por lo que sin una adecuada aproximación a los que ella comprende no se podrá tener una comprensión mínimamente conclusiva de cómo opera en el contexto de la cosa juzgada.

Siguiendo el sistema de fuentes del derecho inglés, es de esperar que este concepto no encuentre una determinación en una norma estatutaria, y que haya sido la casuística de

¹⁰⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰⁰¹ MILLAR, Robert. *Historical Relation*. Op. Cit. p. 47.

¹⁰⁰² *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1967] AC 853, HL

¹⁰⁰³ Sin perjuicio de referirnos indistintamente a su denominación en castellano o en inglés.

¹⁰⁰⁴ ANDREWS, Neil. *On Civil Process...* Op. Cit. p. 468.

¹⁰⁰⁵ SHAPIRO, David. *Civil procedure. Preclusion in civil actions*. Turning Point Series. New York. 2001. p. 32. y HENRY J. Friendly. *In Praise of Erie--And of the New Federal Common Law*. New York University Law Review. Vol. 39. N° 3. 1964. p. 422.

¹⁰⁰⁶ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. Vol. 10. N° 1. p. 495. “Similar al efecto negativo de la cosa juzgada material en Derecho español, la finalidad de esta institución es evitar un nuevo proceso idéntico a otro anterior y sobre el que ya ha recaído una sentencia”.

sus tribunales quien haya intentado dibujar su fisonomía. Así, LORD JUSTICE DIPLOCK esbozó “*La causa de la acción es simplemente una situación o antecedentes de hecho que otorga a una persona a obtener un remedio o reparación por parte de la Corte contra la otra persona.*”¹⁰⁰⁷.

Esta definición, en apariencia simple, ha llevado a entender a muchos académicos continentales, incluidos españoles y chilenos, que este *cause of action* sería, en realidad el requisito análogo del componente objetivo de la causa de pedir de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, ZARZALEJOS, en un artículo de reciente data sobre comparación de cosas juzgadas, señala que existe un componente equivalente a la triple identidad de la cosa juzgada existente en España, señalando que “la *cause de pedir*” sería, precisamente, este concepto de *cause of action*, al señalar que “Al igual que en el ordenamiento español, son los presupuestos fácticos y/o jurídicos (*proposition of law or fact*) que permiten a la parte solicitar una determinada tutela”.¹⁰⁰⁸

Intentado dar un contorno más definido y unificado de “causa de acción”, en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, explicando la noción inglesa aplicable al artículo 21 de la Convención de Bruselas, la Corte señaló que debía entenderse por “*cause of action*” “*aquello que compromete los hechos y la regla de derecho sobre la cual se basa la demanda*”¹⁰⁰⁹, definición que en vez de aportar claridad, solo presenta el comentado espacio de confusión entre los conceptos cercanos pero no iguales de causa de pedir y “*cause of action*”.

A nuestro juicio, el concepto de causa de pedir propio del derecho español, chileno o continental en general no es asimilable al concepto de *cause of action* inglés, toda vez que éste, como se puede desprender de las fuentes, apunta a la situación fáctica o jurídica de una consistencia más amplia. Para complementar lo anterior, alguna doctrina jurisprudencial sostiene que bajo el manto de la *cause of action estoppel* caería cualquier “punto” jurídico o fáctico, incluyendo la afirmación o negación de un hecho, o la calificación jurídica realizada respecto de determinado acto¹⁰¹⁰. El mismo LORD DIPLOCK explica que, a diferencia de lo que ocurría en siglos anteriores, el concepto de *cause of*

¹⁰⁰⁷ Del original “*A cause of action is simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the Court a remedy against another person*” *Letang v Cooper* [1964] EWCA Civ 5. En el mismo sentido véase *Coburn v. Colledge* [1897] 1 QB 702, 706.

¹⁰⁰⁸ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 492. Citando el mismo fallo referido en la nota anterior.

¹⁰⁰⁹ *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship Tattray v Owners of the Ship Maciej Rataj* (Caso C-406/92). Considerando 39.

¹⁰¹⁰ *Hoysted v Federal Commissioner of Taxation* [1921] HCA 56; 29 CLR 537. Párrafo 165.

action actual supone un antecedente de hecho o derecho que da origen a una intervención de la Corte, en busca de una reparación por la parte afectada, pero que no se basa en una idea de acciones nominadas o remedios específicos. En tal sentido, BARNETT señala que debe entenderse por causa de acción cualquier situación fáctica cuya existencia da derecho a una persona a obtener de otra un remedio o reparación de alguna clase¹⁰¹¹.

Desde la perspectiva práctica, para la doctrina inglesa la cuestión referida a la naturaleza conceptual de la causa de la acción solo es relevante en el momento que deban compararse para verificar la aplicación de la cosa juzgada, por lo que se ha intentado elaborar un examen tripartito que permita determinar la identidad de dos *cause of action* para el mencionado ejercicio comparativo¹⁰¹². Así, de no cumplirse con estos tres criterios no existe identidad de causa de acción y no podrá aplicarse el *cause of action estoppel*. Estos criterios son: en primer lugar, serán hechos materiales los que determinan la identidad de la *cause of action*¹⁰¹³; segundo, si dos derechos distintos son afectados por un mismo acto, existirán causas de acción diferentes; y, tercero, la existencia de diferentes bases legales para una pretensión no excluye, *per se*, la posibilidad de que la causa de la acción sea la misma¹⁰¹⁴.

Como consecuencia de lo anterior, queda de manifiesto la amplitud de la idea del *cause of action estoppel*, el cual impide la relitigación de cuestiones que bajo el baremo chileno o español de la causa de pedir podrían ser discutidas nuevamente. De la misma manera en el derecho hispano o bajo el estatuto del Código Civil chileno una persona que ha sufrido un daño en un caso en que son aplicables los estatutos de responsabilidad extracontractual y contractual por tratarse de un denominado concurso de responsabilidades podría demandar en un primer juicio bajo el estatuto aquiliano, y en caso de perder dicho pleito recurrir a la normativa de los remedios contractuales frente al incumplimiento que ha originado el daño. Este ejemplo en el derecho continental, del cual España y Chile son partícipes, no impediría la relitigación, al menos desde el punto de vista de la causa de pedir, mientras que en una Corte inglesa el segundo proceso quedaría

¹⁰¹¹ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 50. En el derecho de Estados Unidos el concepto de *cause of action* ha sido subsumido en el de *claim*, en el que se ha seguido un enfoque impuesto por la jurisprudencia federal que entiende que una misma causa es toda cuestión jurídica que debe seguirse de una misma “transacción” -denominado “*transactional approach*”, consistente en que todas las consecuencias de una misma operación jurídica, no necesariamente convencional, constituye la misma “claim”. Esta idea ha sido plasmada en el trabajo American Law Institute, Restatement (Second), Judgments, § 40. Véase CLERMONT, Kevin. Res Judicata. Op. cit., p. 1107. SHAPIRO, David. Op. cit., p. 35.

¹⁰¹² VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. pp.77-78.

¹⁰¹³ *Paragon Finance Plc v DB Thakerar & Co* [1999] 1 All E.R. 400. p. 411.

¹⁰¹⁴ VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. pp.77-78.

sujeto al estoppel de la *cause of action*, por tratarse de los mismos hechos, aunque el estatuto aplicable y las “acciones” sean distintas en términos de los ordenamientos continentales, toda vez que si los daños que se requiere reparar mediante la demanda fueren los mismos.

Esta diferencia es relevante, sobre todo atendido a la construcción moderna de la jurisprudencia del Reino Unido que se ha desligado del concepto de causa de la acción de aquel conocido como *forms of actions*¹⁰¹⁵, que es lo que en nuestros ordenamientos domésticos entenderíamos como una determinada acción destinada la obtención de una pretensión específica. En tal sentido, también se pronuncia ZARZALEJOS, quien menciona esta diferencia, a nuestro juicio de forma parcialmente precisa, con ocasión de la supuesta existencia del “objeto” u “objeto pedido” en la cosa juzgada inglesa, para sostener que existiría una triple identidad en términos similares al derecho de la LEC¹⁰¹⁶.

A nuestro parecer, la diferencia de la amplitud de la causa de pedir para efectos de la determinación de la identidad entre procesos para la aplicación de una barrera a la relitigación redundaría en que el concepto continental del objeto, al que nos hemos referido en el Capítulo II con ocasión de la configuración de la cosa juzgada en ordenamientos de tradición continental¹⁰¹⁷, se une al de *cause of action*, por no decir que son derechamente el mismo elemento a considerar. Conceptualmente en el derecho inglés es posible encontrar referencias al denominado “*subject matter*” en relación al asunto sobre el que versa el juicio, pero no es una alusión equivalente a nuestra noción continental de objeto. No se trata del beneficio que a través del proceso un sujeto activo busca obtener de un sujeto pasivo mediante un juicio adjudicativo del tribunal. Se trata, como lo demuestra la literatura, de que de aquellas pretensiones que manan de un determinado antecedente jurídico o fáctico que da derecho a recurrir ante la Corte, es decir de la *cause of action*.

Tras contextualizar el *cause of action estoppel* corresponde atender como es que esta ha sido dimensionada por la autoridad judicial más representativa. De esta manera, la hebra del *cause of action estoppel* de la cosa juzgada fue definida en el citado caso *Arnold* por el juez Lord Keith expresando:

¹⁰¹⁵ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 492.

¹⁰¹⁶ *Ibid.* p. 493. El autor recurre a las mismas fuentes jurisprudenciales, aquí citadas, aunque sus conclusiones sean diversas, o su interpretación de la existencia de la triple identidad en términos similares a la existente en el derecho español sea considerable como voluntarista.

¹⁰¹⁷ Véase *supra* 2.3.1.3

*“Estoppel por causa de la acción surge cuando la causa de la acción en el procedimiento posterior es idéntica a aquella del procedimiento previo, habiendo sido ambas entre las mismas partes o sus sucesores legales y habiendo recaído sobre la misma materia. En tal caso la prohibición es absoluta en relación con todos los puntos decididos, a menos que exista fraude o colusión a su respecto, en cuyo caso podría justificarse dejarla de lado. El descubrimiento de nuevos antecedentes de hecho que de haber sido conocidos con razonable diligencia para su uso en el proceso pretérito permite, bajo la ley inglesa, la reapertura de la discusión”*¹⁰¹⁸

De la definición transcrita se desprenden ciertos elementos que permiten comprender el ámbito que la jurisprudencia inglesa, única fuente en dicho país de la doctrina de la cosa juzgada, ha entendido para el *cause of action estoppel*, especialmente la fortaleza de su consagración como una regla absoluta, salvo los excepcionalísimos casos de fraude o colusión¹⁰¹⁹.

ADRIAN ZUCKERMAN van más lejos aún, e interpreta que, tal como enseña el fallo, ni el descubrimiento de evidencia que incluso pudo no estar disponible para las partes al momento del juicio, o un cambio en la ley que rija el asunto pueden contravenir el expansivo efecto de la prohibición de la causa de la acción¹⁰²⁰.

El citado autor ha señalado que la lectura correcta de la institución debe comprender incluso algún remedio o forma de reparación que pudo haberse hecho valer en el procedimiento original si es que ambos comparten la misma causa¹⁰²¹. Para ello ejemplifica que, si una compañía demanda a los constructores de un edificio por el incumplimiento de las garantías del contrato, no podrá luego demandar las reparaciones de los defectos de construcción que se hayan producido en un segundo juicio¹⁰²².

De las fuentes principales de la jurisprudencia inglesa, la obra más relevante en materia de *res judicata*, de SPENCER-BOWER AND HANDLEY, ha podido sistematizar los presupuestos de aplicación de esta regla, al señalar que la hebra de la *res judicata* que

¹⁰¹⁸ LJ Keith of Kinkel. *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafos 104-05. Traducción desde el original “*Cause of action estoppel arises where the cause of action in the later proceedings is identical to that in the earlier proceedings, the latter having been between the same parties or their privies and having involved the same subject matter. In such a case the bar is absolute in relation to all points decided unless fraud or collusion is alleged, such as to justify setting aside the earlier judgment. The discovery of new factual matter which could not have been found out by reasonable diligence for use in the earlier proceedings does not, according to the law of England, permit the latter to be re-opened*”

¹⁰¹⁹ Ibid.

¹⁰²⁰ Zuckerman, Adrian. *On Civil Process...* Op. Cit. p. 1247.

¹⁰²¹ Ibid.

¹⁰²² Ibid. Este ejemplo no representa una construcción teórica como herramienta pedagógica, sino un caso real de 1928 *Conquer v. Boot* [1928] 2 K.B. 336. Con todo, esta opinión de Zuckerman poner a la doctrina del Cause of Action Estoppel en el límite de la superposición con la doctrina Henderson analizada más adelante. Ver 3.3.3.

conciene la cause of *action estoppel* además de sus requisitos propios, estaría compuesta por 6 elementos de verificación necesaria¹⁰²³, y este listado ha sido correspondido y reconocido a nivel de autoridad judicial¹⁰²⁴, así como en general por la doctrina procesal de diversas latitudes del derecho anglosajón¹⁰²⁵:

- a) La decisión original debe haber sido una decisión judicial, emanada de un tribunal, pronunciada en un sentido relevante.
- b) Debe, en lo específico, haberse dictado una resolución que contenga una decisión sobre el asunto.
- c) El tribunal haya sido competente respecto de las partes y la materia decidida (*parties and subject matter*)
- d) Se haya tratado de una decisión definitiva y sobre el fondo.
- e) La decisión haya versado sobre alguna cuestión que se plantea en el segundo proceso
- f) Las partes son las mismas o sus *privies* o se trató de una decisión *in rem*.

Estos mismos requisitos son también presupuestos de aplicación de la idea de *merger*, así como de la doctrina *del issue estoppel*, con las diferencias que *infra* se detallarán¹⁰²⁶. Tratando de establecer el contenido específico de cada uno de ellos, se examinarán según los aspectos más relevantes para su comprensión:

a) **La decisión original debe haber sido una decisión judicial, emanada de un tribunal, pronunciada en un sentido relevante.** Este primer requisito puede caracterizarse desde una doble perspectiva. En primer término, que se entiende por “decisión”, y luego que se comprende por “emanada de un tribunal” o “judicial”. Por decisión, se ha declarado por la jurisprudencia, debe entenderse cualquier resolución que decida el asunto, independiente del nombre específico que se le pueda dar a ésta, sea fallo, sentencia u orden, por lo que aquello que resulta indispensable es que se trate de un acto

¹⁰²³ HANDLEY, K. R. Spencer Bower. Op. Cit.. p. 1.

¹⁰²⁴ *R (Coke-Wallis) v Institute of Chartered Accountants of England and Wales* [2001] UKSC 1; [2011] 2 AC 146 at 34: “*In para 1.02 Spencer Bower and Handley makes it clear that there are a number of constituent elements in a case based on cause of action estoppel*”. “*En la obra Spencer Bower and Handley se deja claramente señalado que el estoppel por causa de acción tiene un número de elementos constitutivos en los que se basa*” Citando a continuación la lista que se ha expresado en el cuerpo de este trabajo”

¹⁰²⁵ Véase ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 470. SIME, Stuart. Res Judicata and ADR. Civil Justice Quarterly. Vol. 34. N°1. 2015. p. 39.

¹⁰²⁶ Véase *infra* Parte Tercera 3.3.2

resolutivo que zanje la cuestión pendiente¹⁰²⁷. Consecuencialmente, no reciben el tratamiento de “decisión” aquellos procesos que se terminan por el retiro de la demanda, o por cualquier otro mecanismo que no resuelva el litigio¹⁰²⁸.

En cuanto a que se trate de un tribunal, se entiende como tal a cualquier órgano dotado de facultades judiciales que pueda resolver de forma definitiva disputas de carácter civil entre las partes¹⁰²⁹. Será tribunal o Corte, independiente del nombre que se le dé, siempre que ostente los mencionados poderes decisorios y se ejerciten funciones judiciales¹⁰³⁰. Lo anterior, se señala para marcar una necesaria y clarificadora diferencia con cuerpos administrativos, que no tienen la facultad de tomar decisiones finales, estableciendo, por consiguiente, que la *res judicata* es una prerrogativa exclusiva de las Cortes y tribunales al señalar:

“La doctrina general de la cosa juzgada, que opera inter partes, es inaplicable a procedimientos de solicitud de beneficios¹⁰³¹, la función del oficial de seguros no es otra que verificar si el solicitante cumple o no los requisitos para poder solicitar los beneficios y su monto, si fuera el caso. De ello no surge ninguna otra consecuencia legal, más allá de la que la propia norma le ha entregado, no habiendo lugar al issue estoppel”¹⁰³²

b) Debe, en lo específico, haberse dictado una resolución que contenga una decisión sobre el asunto. Este presupuesto, en realidad, apunta a complementar el anterior, en el sentido de explicitar que la decisión sobre el asunto debe efectivamente haberse tomado, siendo expresa y clara a tal respecto. Con ello se pretende excluir del efecto de cosa juzgada a figuras procesales que permiten finalizar el proceso sin que se haya tomado alguna decisión al respecto¹⁰³³.

c) El tribunal haya sido competente respecto de las partes y la materia decidida (*parties and subject matter*). Este requisito requiere que se haga la prevención respecto a la dificultad que presenta intentar explicar el concepto de *jurisdiction* en el derecho del

¹⁰²⁷ *Kinnis v Graves* (1898) 67 LJ QB 583

¹⁰²⁸ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. pp. 17-20. Adicionalmente, existen dos figuras procesales relevantes, los juicios consentidos y los juicios por defecto.

¹⁰²⁹ Ibid. p. 12

¹⁰³⁰ *Pastras v The Commonwealth* (1966) 9 FLR 152

¹⁰³¹ Este procedimiento administrativo se realiza ante la autoridad reguladora de la industria de seguros para obtener el pago de beneficios emanados del contrato de seguro ante al acaecimiento de un siniestro.

¹⁰³² Del original “*the general doctrine of res judicata which operates inter partes is thus inapplicable to claims for benefit. The sole function of the insurance officer, as of any other statutory authority, is to satisfy himself whether or not the claimant is entitled to the kind of benefit he has claimed and, if so, the amounts of benefit to which he is entitled. The legal consequences of his decision are those which the statute itself ascribes to it. There can be no question of issue estoppel.*” Lord Diplock en *Hudson v Secretary of State for social services* [1972] A.C. 944. Caso también conocido con el nombre de *Jones v Secretary of State for Social Services*.

¹⁰³³ Véase *infra* apartado 3.3.2.3

common law, el cual tiende a comprender lo que en el derecho continental es conocido como un binomio conceptual compuesto por la jurisdicción y la competencia¹⁰³⁴. Esta fusión teórica obliga a interpretar el concepto de *jurisdiction* según el contexto y la función que esté desempeñando, para poder establecer, con una mediada certeza, a cuál de los dos conceptos continentales se refiere. Cuando se habla de *jurisdiction*, en general, se suele estar hablando de lo que en el derecho europeo continental se entiende por competencia, entendido como la aptitud legal para conocer sobre una materia específica según algún factor de conexión con las partes o la cosa disputada, aunque al momento de las definiciones ello no quede meridianamente claro¹⁰³⁵.

Sin embargo, para los fines de describir el funcionamiento de la cosa juzgada se seguirá el esquema utilizado en Inglaterra. En ese sentido, se entiende que las Cortes tienen la facultad judicial de decidir los asuntos puestos ante ellos por las partes, y que en nuestros términos llamaríamos jurisdicción. La jurisdicción, entonces el poder público para decidir de forma vinculante¹⁰³⁶. Mientras que el poder para decidir una cuestión específica, respecto de sujetos específicos, sería el equivalente a nuestro concepto de competencia, pues es una facultad que puede o no tenerse respecto del asunto o de las partes. Desde esa perspectiva la decisión no será tomada por un tribunal correspondiente si es que excede el ámbito de poder asignado por la ley para el conocimiento de una cuestión específica, es decir competencia¹⁰³⁷. Lo anterior, teniendo presente que existen Cortes con poderes específicos (que en el derecho continental llamaríamos competencia especial) y otros *con "general jurisdiction"* para conocer todo tipo de asuntos (en derecho continental competencia común), como la *High Court*¹⁰³⁸. Como ejemplos sobre esto se suele mencionar sentencias dictadas por Cortes que tienen competencia para conocer cuestiones derivadas de accidentes de tráfico o daños extracontractuales, pero no para conocer cuestiones matrimoniales¹⁰³⁹.

¹⁰³⁴ Para una mejor explicación véase DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. pp. 31-40.

¹⁰³⁵ En este sentido, la definición dada por la Corte respecto al concepto de *jurisdiction* para estos fines es "autoridad o poder para decidir" en *Minister for Immigration v B* [2004] 219 CLR 365, 377, mientras que otra voz ha señalado "cuando se otorga *jurisdiction* se da el poder para decidir una cuestión específica, sea que se decida bien o mal" en *Parisiene Basket Shoes Pty Ltd v Whyte* [1938] HCA 7 - 59 CLR 369.

¹⁰³⁶ "*Jurisdiction is power*" en TSEN LEE, Evan. The Dubious Concept of Jurisdiction. *Hastings Law Journal*. Vol. 54. 2002. p. 1613.

¹⁰³⁷ *Bon Groundwork Limited v Foster* [2012] EWCA Civ 252.

¹⁰³⁸ Esta concesión viene dada por estatuto en la Senior Courts Act 1981 (c 54), s. 19.

¹⁰³⁹ VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 75.

De lo anterior se desprende que para que la decisión de origen a una defensa de *res judicata* tendrá que haber sido dictada por el tribunal con las atribuciones correspondientes, sin que excede dichos poderes, ya que, en caso contrario, tal como se ha fallado¹⁰⁴⁰, podrá volver a discutirse la cuestión. Lo anterior va de la mano a la garantía asociada a la justicia procesal (*procedural fairness*)¹⁰⁴¹ relativa al derecho de las partes que la contienda sea resuelta ante el tribunal correcto desde la perspectiva de sus facultades¹⁰⁴².

d) Se haya tratado de una decisión definitiva y sobre el fondo. En primer término, muy ligado al presupuesto anterior, es necesario para que se produzca el efecto de *res judicata*, que la decisión de un tribunal competente haya sido sobre el fondo – *on the merits*-¹⁰⁴³, lo que pretende diferenciar la decisión sobre cuestiones de hecho y derecho relativas a la materia sustantiva de la controversia en oposición a aquellas cuestiones meramente procedimentales. Para establecer la distinción en comento la jurisprudencia ha señalado que una decisión es sobre el fondo cuando no es meramente respecto de cuestiones del procedimiento, sino que establece ciertos hechos como probados o no, señala que dichos hechos no están controvertidos, señala que principios y normas de derecho son aplicables a dicho caso y determina, además, una conclusión respecto a la mencionada aplicación del derecho al componente fáctico previamente establecido¹⁰⁴⁴.

Como ha señalado LORD DIPLOCK, en uno de los casos más citados en esta materia, la decisión sobre el fondo es aquella que resuelve alguna cuestión o asunto de hecho o derecho, respecto del cual el tribunal o Corte tenía competencia para resolver¹⁰⁴⁵. Por lo tanto, una resolución que acepta el retiro de una demanda, que la declara inadmisibile, o que ordena el término del procedimiento por el incumplimiento de un deber o carga impuesto por la ley o la propia Corte no cumplirá este requisito, pues al no resolver ninguna cuestión de hecho o derecho no estará resolviendo nada respecto del fondo. Un ejemplo al respecto podría ser la resolución que accede a una medida precautoria en un

¹⁰⁴⁰ *Buehler AG v Chronos Richardson Ltd* [1998] EWCA Civ 509.

¹⁰⁴¹ VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 69.

¹⁰⁴² *O'Laoire v Jackel International (No.2)* [1991] ICR 718

¹⁰⁴³ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 2.09. p. 89.

¹⁰⁴⁴ *DSV Silo und Verwaltungsgesellschaft mbH v Owners of the Sennar (The Sennar) (No.2)* [1985] 1 W.L.R. p. 499.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.* p. 494.

procedimiento cautelar urgente, *interim measures* o *injunctions*, que no será nunca sobre el fondo, ya que éste puede ser revisado en un proceso posterior¹⁰⁴⁶.

Asimismo, y como se ha anunciado, la decisión aparte de recaer sobre el fondo debe ser final o definitiva *-final decision-*. Este punto parece sencillo, toda vez que en la tradición continental las sentencias producen cosa juzgada una vez alcanzado el estado de firmeza o ejecutoriedad que les transforma en inalterables e inmodificables¹⁰⁴⁷, sin embargo, en el derecho del *common law* la regla, si bien similar, no es completamente idéntica en lo que a este presupuesto se refiere, y resulta necesario detenerse en su explicación.

El concepto anglosajón de *finality* es uno de aquellos que ha llamado poco la atención en el estudio comparado del derecho procesal entre ambas tradiciones, se suele asumir una analogía entre éste y la construcción de ejecutoriedad propias del derecho español o chileno. Por finalidad o *conclusividad* el sistema inglés de justicia no apunta a la total y absoluta solidificación del contenido de la sentencia a través de la imposibilidad de su modificación dentro del procedimiento en que se haya dictado, y, por, sobre todo, no tiene ninguna relación directa o dependiente con la atacabilidad o impugnabilidad de dicho contenido mediante la interposición de recursos¹⁰⁴⁸.

El *ethos* de la finalidad en el derecho del *common law* guarda relación con el cumplimiento de la labor del juez, en el cabal y completo ejercicio de su función, lo que se traduce en la resolución de todas aquellas cuestiones disputadas por las partes sobre las que está llamado a resolver¹⁰⁴⁹. Es decir, se trata de que es final porque es comprehensiva de todo aquello que debe contener referido a los derechos de las partes, es decir como completitud¹⁰⁵⁰. Esta noción se construye por oposición a la incerteza o condicionalidad de los resultados del pleito, buscando que la decisión de la Corte haya dado claridad a las partes respecto de su posición frente a los derechos en disputa, eliminando toda la incertidumbre a tal respecto¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁶ En este caso existe disposición expresa en las Reglas del Procedimiento Civil. CPR r 25.10(b).

¹⁰⁴⁷ Por ejemplo, los artículos 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 207 de la LEC en España.

¹⁰⁴⁸ HANDLEY, k.r. Spencer Bower. Op. Cit. p. 1.

¹⁰⁴⁹ La Corte señaló que “*Una sentencia que no resuelve todos los asuntos solicitados no puede ser final*”. Del original “*an award which does not deal with all the matters submitted is not final*”. *Re O’Connor and Whitlaw’s Arbitration* (1919) 88 LJKB 1242 CA, 1246, 1248, citado en: HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 2.09. p. 71.

¹⁰⁵⁰ Se entiende, en consecuencia, que no se ha dejado nada pendiente. Véase HANDLEY, K.R.. Spencer Bower. Op. Cit. p. 65.

¹⁰⁵¹ *Ibid.* p. 71.

Como consecuencia de lo anterior, el pivote sobre el cual gira el concepto de *finality* se traduce en que una vez que el juez ha resuelto todos los asuntos sometidos a su conocimiento y su decisión es conclusiva, ya no la podrá modificar, pues habrá cumplido su función y, por lo tanto, ésta será definitiva o *final*.

d.1) *Res Judicata* no requiere firmeza, siendo compatible con recursos pendientes. Una cuestión que resulta particularmente distintiva entre la firmeza y el concepto de *finality* dice relación con que la “finalidad” no se ve alterada por la impugnabilidad de la sentencia¹⁰⁵². Es decir, lo relevante es que la sentencia se haya dictado conforme a lo señalado precedentemente y sea conclusiva respecto a lo requerido por las partes, independientemente de su revisabilidad por un tribunal superior¹⁰⁵³. Esta compatibilidad entre la procedencia de recursos y la finalidad de la sentencia supone una diferencia diametral con los sistemas continentales de preclusión, toda vez que en este caso no se requiere que el fallo alcance un estado de total invariabilidad para que surja el efecto de cosa juzgada.

Naturalmente, esta solución se encuentra en consonancia con la estructura general del sistema procesal civil inglés, en el que los recursos son excepcionales, y su procedencia sumamente limitada y rigurosamente controlada¹⁰⁵⁴. Asimismo, el sistema de precedentes funciona inhibiendo la impugnación de sentencias que se han dictado en conformidad a las decisiones previas y vinculantes de tribunales superiores sobre las mismas materias. De lo anterior se colige que, de ordinario, las sentencias dictadas por las Cortes no suelen ser apeladas, por lo que esperar el resultado de una segunda instancia o la de la Suprema Corte no va en sincronía con el enfoque pragmático y eficiente que tiene como objetivo preponderante el sistema de justicia civil bajo el CPR¹⁰⁵⁵.

e) La decisión haya versado sobre alguna cuestión que se plantea en el segundo proceso. Este requisito supone examinar el componente objetivo de la cosa juzgada, y se plantea desde la perspectiva de la comparación entre los dos juicios seguidos entre las mismas partes. Se postula que, para que apliquen las reglas de la *res judicata*, es necesario que tanto la materia completa del pleito, así como alguno de los asuntos de hecho o

¹⁰⁵² *Beheer BV v. Berry Floor NV* [2007] EWCA Civ 364. párrafo 80. *Reed Executive Plc v. Reed Business Information Ltd* [2004] EWCA Civ 159

¹⁰⁵³ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 880. ADNREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. 418. VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 71.

¹⁰⁵⁴ *Beheer BV v. Berry Floor NV* [2007] EWCA Civ 364. párrafo 80.

¹⁰⁵⁵ *Buttes Gas & Oil Co v Hammer* [1982] AC 888 (HL)

derecho decididos en el juicio pretérito, estén nuevamente contenidos en el segundo proceso, sean por vía de acción o por vía de defensa del demandado. En este sentido, se aplican las directrices señaladas con ocasión de la identificación de una determinada causa de acción vistos *supra*¹⁰⁵⁶, consistentes en un examen tripartito que permita determinar la identidad de dos *cause of action* para el mencionado ejercicio comparativo¹⁰⁵⁷.

f) Las partes son las mismas o sus *privies* o se trató de una decisión *in rem*

f.1) Decisiones *in personam*, doctrina tradicional del *privity*

El sistema de reglas de cosa juzgada o preclusión del derecho inglés reconoce la aplicabilidad de sus reglas a los sujetos que intervienen en ambos procesos¹⁰⁵⁸. Es decir, sólo pueden ser beneficiados o verse perjudicados por los *estoppels* de la *res judicata* las partes cuya identidad se repita en ambos procesos, o quienes se atribuyan un determinado carácter de continuidad respecto de éstas¹⁰⁵⁹. La limitación subjetiva de los principios de la cosa juzgada pivotea sobre la base de dos ideas de construcción jurisprudencial, cuales son la doctrina de la regla de la mutuality – *rule of mutuality*- y la doctrina de la relación entre partes o *privity*¹⁰⁶⁰.

En primer lugar, la doctrina del *privity* sostiene que los únicos que pueden beneficiarse de los efectos preclusivos de aquello contenido en la decisión de un primer fallo, o verse obligados por éste, son las partes (o sus *privies*¹⁰⁶¹) que participaron en el proceso que dio origen al fallo de cuyos efectos se trata¹⁰⁶². Así, se establece el conocido requisito de la identidad de sujetos, común a las tradiciones continental y anglosajona, que exige el examen comparativo de la identidad de los intervinientes para establecer la procedencia de la cosa juzgada.

A su turno, la doctrina del *mutuality* se sostiene como una idea complementaria de la recién señalada de *privity*, e incluso hay autores en los que no se hace tal distinción, entendiendo que el requisito queda totalmente comprendido bajo la regla de la mutuality¹⁰⁶³. La doctrina del *mutuality* esgrime que los efectos de la cosa juzgada

¹⁰⁵⁶ Véase *supra* 3.2.1.1. Véase también VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 78.

¹⁰⁵⁷ *Paragon Finance Plc v DB Thakerar & Co* [1999] 1 All E.R. 400. p. 411

¹⁰⁵⁸ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. pp. 1239-1240.

¹⁰⁵⁹ *R v. Hutchings* (1881) 6 Q.B.D. 300

¹⁰⁶⁰ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 62.

¹⁰⁶¹ Este concepto se trata posteriormente en el mismo apartado.

¹⁰⁶² BARNETT, Peter. Op. Cit. pp. 62-63.

¹⁰⁶³ Véase, por ejemplo, ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. pp. 1239-1241.

operan *inter partes*, las que además de ser las mismas, tienen un *estoppel* recíproco entre ellas (o sus *privies*) que impide la relitigación del asunto ya decidido (mutualidad). Esta regla, huelga señalar, opera no solo en sentido positivo, como recién se ha señalado, estableciendo la horizontalidad de la aplicación de la cosa juzgada entre las partes, sino que también en sentido negativo, ya que impide la extensión de la aplicación de los efectos vinculantes del fallo a terceros que no han participado en la contienda original, toda vez que respecto de ellos no puede existir reciprocidad mutua, impidiendo que una sentencia obtenida en un proceso de A contra B surta efectos conclusivos contra C en un juicio subsecuente¹⁰⁶⁴.

De esta manera, la *res judicata* inglesa, en función de la regla de *mutuality* antedicha, no impone prohibición ni vinculación alguna de lo resuelto en una sentencia respecto de terceros, toda vez que, como se ha entendido por las Cortes, ello supondría la imposición de la resulta de un proceso en el que no se ha tenido derecho a ser oído ni participar¹⁰⁶⁵. Esta exclusión de los terceros funciona de igual manera impidiendo que éstos aleguen en su favor la cosa juzgada de un proceso del que no fueron parte, permitiendo que la parte pueda volver a disputar aquellas cuestiones de hecho y derecho que ya fueron resueltas en un juicio original, pero en el que la contraparte era otra¹⁰⁶⁶. A juicio de ZUCKERMAN, esta idea es perfectamente compatible con la lógica del sistema de preclusión, y en especial al tenor de los objetivos preponderantes (*overriding objective*) del sistema de justicia civil y la utilización de los recursos de la Corte y los de las partes¹⁰⁶⁷. Señala que el esfuerzo y los recursos invertidos por una parte para la disputa de un asunto en un juicio A van en directa relación con la cuantía e importancia de ese juicio¹⁰⁶⁸, debiendo tomarse en cuenta siempre el contexto del pleito y las partes involucradas, por lo que el mismo asunto en un juicio B, con otro contexto y en otra cuantía mucho mayor frente a otro contendor, podría llevar a la parte a dedicar mucho más recursos y tiempo en la discusión del mismo asunto que se decidió originalmente frente a otro sujeto, siendo injusto que quedase impedida por la decisión que se tomó en el caso A en el que, por la cuantía y el

¹⁰⁶⁴ Esta idea de mutualidad negativa ha sido descrita en la autoridad jurisprudencial desde antiguo, señalándose: “*It unquestionably is not the general rule of law that a judgment obtained by A against B is conclusive in an action by B against C... A judgment inter partes is only conclusive between the parties and those claiming under them*” por Lord Melish en *Gray v Lewis* (1873) 8 Ch app 103.

¹⁰⁶⁵ *C (A Minor) v Hackney LBC* [1996] 1 W.L.R. 789.

¹⁰⁶⁶ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1240.

¹⁰⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁶⁸ *Ibíd.*

contexto del juicio, atendido quien era su contraparte, no disputó enérgicamente el asunto¹⁰⁶⁹.

En la mayoría de los casos, calificar la identidad de los sujetos intervinientes no esgrimirá mayor dificultad, debiendo estarse, como se señala en *Carl Zeiss*, a la identificación que las partes tienen en el expediente y su comparación con aquella contenida en el juicio pretérito¹⁰⁷⁰. Sin embargo, tal como ocurre en los sistemas continentales de herencia romana¹⁰⁷¹, lo relevante de la identidad de los sujetos para determinar el alcance de las doctrinas de *privity* y *mutuality* no es estrictamente su identidad personal. Esto es, que en el proceso civil lo distintivo no será la presencia de la misma persona física, sino la posición jurídica en la que comparezca. A esto se le denomina “representar o defender el mismo derecho” *-defend the same right-* o comparecer en ejercicio de una idéntica capacidad *-same capacity-*¹⁰⁷². En el mismo sentido, PHIPSON ha explicado que no se configura la identidad subjetiva por actuar la misma capacidad si el sujeto comparece al proceso bajo un carácter distinto, o defendiendo un interés diverso¹⁰⁷³, y en caso de no existir la comparecencia en ejercicio del mismo derecho o capacidad ante los ojos del proceso se entenderá que se trata una persona distinta¹⁰⁷⁴. En tal sentido, HANDLEY ha señalado que es posible, atendiendo la capacidad y derecho en virtud del cual se comparezca, que “existan dos personas físicas que, representando el mismo carácter constituyan una sola persona, y que una misma persona física litigando dos derechos en diversa capacidad se constituya como dos personas distintas”¹⁰⁷⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, en la jurisprudencia y la literatura inglesa existen casos de mayor complejidad en la identificación de los sujetos, y que se refiere a posiciones procesales diversas a las de parte en sentido estricto, como titular original del interés hecho valer, generalmente dadas por representación común o sucesión en algún derecho. El primer supuesto apunta a lo que la autoridad del caso *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd* denominó *deemed parties* o aquellos “considerados o considerables como partes”¹⁰⁷⁶, que

¹⁰⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁷⁰ *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1967] AC 853, HL. Se señala este punto aludiendo a “*The names on the records*”

¹⁰⁷¹ BARNETT, Peter. Op. Cit. pp. 65-66

¹⁰⁷² *Ibíd.* p. 65.

¹⁰⁷³ MALEK, Hodge. Op. Cit. p.1557

¹⁰⁷⁴ BARNETT, Peter. Op. Cit. pp. 65-66.

¹⁰⁷⁵ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. p. 325.

¹⁰⁷⁶ *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd* [1977] 1 W.L.R. 510.

presenta una posición amplia del concepto de partes para propósitos preclusivos¹⁰⁷⁷, teniendo en cuenta como tales a ciertos sujetos o entidades que intervienen en el proceso y ejercen algún tipo de interés de forma sobreviniente o adhesiva después de iniciado el litigio. Casos de *deemed parties* se pueden encontrar en una serie de situaciones que no tienen necesariamente características comunes y en que no estos interesados no se ubican en posiciones análogas, como son el caso del tercero que teniendo interés sobre la disputa de una propiedad permite que otro que tiene idéntico interés litigue en nombre de ambos¹⁰⁷⁸, o en el caso de la responsabilidad civil dos o más causantes del daño demandado aunque comparezca como parte solo uno, siendo estos supuestos en los que los resultados les afectarán de todos modos. Asimismo, será considerado *deem party* un acreedor condicional o con un título no probado que solicita hacerse parte en un procedimiento concursal o de bancarrota, o un tercerista en un proceso de ejecución.¹⁰⁷⁹

Al respecto, la propia jurisprudencia ha señalado que para considerar a alguna persona – natural o jurídica- como parte se debe tener un enfoque pragmático¹⁰⁸⁰, se debe analizar el caso particular y dilucidar en concreto que sujeto está realmente detrás de la acción y a quienes beneficia su ejercicio por tener un interés común, colaborativo o coadyuvante con el de la parte que lo ha hecho valer, independiente de que hayan o no comparecido

El segundo supuesto de identificación subjetiva que genera dudas es el de *privies*. Según BARNETT, por *privies* deben entenderse:

“Todo aquel sobre el cual se transfieren o delegan los derechos y obligaciones de una entidad o parte, incluyendo el derecho a beneficiarse y la obligación de estar inhibido y vinculado por la cosa juzgada (que se hubiere podido dictar contra esa parte). Así, la verdadera naturaleza de los *privies* es la de todo aquel alega o demanda un título o derecho tanto basado en, a través de o en nombre de alguna de las partes contra las que la sentencia produce efectos”¹⁰⁸¹

En términos de ZUCKERMAN un *privy* es, simplemente, quien sucede en el título o el derecho a la parte original¹⁰⁸². Este concepto de “sucesor” ha sido explicado tanto por las

¹⁰⁷⁷ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 67.

¹⁰⁷⁸ *Nana Ofori Atta II. Omanhene of Akyem Abuakwa and Another Appellants: v Nana Abu Bonsra II AS Adansehene and AS representing the Stool of Adanse and Another Respondents* [1957] 3 W.L.R. 830.

¹⁰⁷⁹ *John v Mendoza* [1939] 1 K.B. 141.

¹⁰⁸⁰ *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd* [1977] 1 W.L.R. 510.

¹⁰⁸¹ Del original “A *privy* is one upon whom all the rights and obligations of any legal entity devolve, including the right to the benefit of, or the obligation to be bound by, a *res judicata*. Thus, the essential nature of a “*privy*” is as one of who claims a title or right under, through, or on behalf of, a party bound”. BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 68, citando la autoridad de *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd* (No 2) [1967] AC 853, HL.

¹⁰⁸² ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1250.

Cortes como por la doctrina, siendo siempre objeto de constante revisita¹⁰⁸³. No obstante, lo que suele estimarse como constitutivo del concepto de *privy* es la relación consecucional entre dos sujetos, entre los cuales existe un vínculo consistente en la continuación en la posición del primero que pasa a tomar el segundo por haber adquirido como propio un interés que previamente correspondió a la parte que participara en el proceso que dio origen a la cosa juzgada. Así, SPENCER AND BOWER and señalado que dentro de *privies* se comprende:

“Cualquier persona que sucede en los derechos y responsabilidades de la parte, sea por causa de muerte, insolvencia, por una asignación o por la ley en materia de herencias. Debiendo la persona impedida de litigar en virtud de ser *privy* tener algún interés, legal o beneficioso, en el primer juicio o en la materia y objeto de aquel”¹⁰⁸⁴

Asimismo, se ha entendido que la *res judicata* aplica a los *privies* de las partes en los mismos términos que se les aplica a éstas, tal como si aquellos hubieran sido parte de la litigación.

En el mismo sentido, la diferencia entre *deem party* y *privy* estriba en que aquellos - *deemed*- son parte por derecho propio, tienen un interés que les pertenece como sujetos originarios, independiente de que comparezcan al proceso como sujetos sobrevivientes o que decidan no participar; mientras que los *privies* ejercen una posición procesal en base a un derecho o interés derivativo, que han obtenido de otro¹⁰⁸⁵.

Una sistematización que puede aportar a la clarificación respecto de los *privies* se encuentra en la obra de BARNETT¹⁰⁸⁶, quien ha sostenido la posibilidad de hacer una división tripartita, aunque sin pretensiones omnicomprendivas, basado en la fuente de conexión entre el sujeto original -la parte- y quien puede ser considerado *privy* a su respecto. Así, el autor señala que pueden distinguirse *privies* en razón de “sangre, título o interés”¹⁰⁸⁷ (*blood, title and interest*)¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ La House of Lords señaló que “antes de que una persona pueda ser *privy* de otra debe haber entre ellos algún tipo de relación, de comunidad o vínculo contractual o jurídico”. Del original “Before a person can be *privy* to a party there must be community or *privy* of interest between them” *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1967] AC 853, HL.

¹⁰⁸⁴ Del original “Include any person who succeeds to the rights or liability of the party on death, insolvency, by assignment or by statute, or who is otherwise identified in estate of interest. The party estopped by *privy* must have some interest, legal or beneficial, in the previous litigation or its subject matter” HANDLEY, K. R. Spencer Bower. Op. Cit. 27.07. p. 147.

¹⁰⁸⁵ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 68. SCHAFFSTEIN, Silja. Op. Cit. p. 26.

¹⁰⁸⁶ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 69.

¹⁰⁸⁷ *Ibíd*

¹⁰⁸⁸ Esta clasificación en tres hebras también es compartida por Lord Reid en el citado caso *Carl Zeiss*, donde en el párrafo 910 señala “It has always been said that there must be *privy* of blood, title or interest:

Privy en razón de sangre se refiere a la vinculación entre la parte del primer proceso y quien le ha sucedido por causa de muerte, sea en línea ascendiente como descendiente¹⁰⁸⁹. Por *privy* de título se entiende, según lo señala la Corte, a quien sucede alguien por causa de muerte o por la insolvencia de la parte original, esta sucesión no se refiere a la posición de heredero, cubierto por la categoría anterior, sino a quienes le han sucedido en el título singularmente. Por último, *privy* por interés se refiere a cualquier otro sujeto que tiene un interés actual derivado de una obligación contractual o legal en el resultado del primer juicio¹⁰⁹⁰.

La última categoría señalada es la que resulta de más difícil delimitación, toda vez que toca a la Corte establecer cuando se está en presencia de un sujeto que mantiene un interés que es de la entidad o suficiencia necesaria para crear la vinculación con la sentencia del primer proceso. Así, se han resuelto de forma casuística situaciones limítrofes respecto al interés actual de un sujeto contra el que se pretende tenga efectos la sentencia, por ejemplo, siguiendo a BARNETT, no existirá suficiente interés como para constituir *privy* respecto de un tercero en el caso de que dicho sujeto haya prestado asistencia financiera para el primer litigio a una de las partes¹⁰⁹¹. Asimismo, tampoco habrá relación de *privy* entre un deudor principal y un fiador, toda vez que el contrato de éste se perfecciona directamente con el acreedor, no siendo el mismo interés ni la misma persona con el deudor principal¹⁰⁹². Se ha dicho, a su vez, que el éxito o fracaso futuro de una compañía dependa del resultado del litigio de otra compañía no transformaba a la segunda en *privy* de la primera¹⁰⁹³.

Por otro lado, entre los casos en los que la Corte ha señalado la existencia de un interés suficiente para constituir a un sujeto como *privy* de una de las partes se encuentran los referidos al fideicomisario y el beneficiario del fideicomiso¹⁰⁹⁴, o entre empleador y sus trabajadores cuando éstos comparecen en juicio a solicitud o bajo la autoridad de

here it would have to be privity of interest" (Siempre se ha dicho que debe haber una relación de sangre, de título o de interés".

¹⁰⁸⁹ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 69.

¹⁰⁹⁰ Ibid.

¹⁰⁹¹ Ibid. p. 70.

¹⁰⁹² *Bain v Cooper* (1841) 8 M&W 751

¹⁰⁹³ *Amgen Inc v Boehringer Mannheim GmbH* [1997] FSR 289. MALEK, Hodge. Op. Cit. Op. Cit. 43.29. p. 1561.

¹⁰⁹⁴ *Churchill & Sim v. Goddard* [1937] 1 K.B. 92

aquel¹⁰⁹⁵, mientras que ZARZALEJOS agrega otros casos como bonistas respecto a sus emisores y relaciones consecuenciales como fabricante-proveedor-consumidor¹⁰⁹⁶.

Como puede apreciarse, la construcción caso a caso de la identidad de sujetos procesales como *privies* de interés puede conllevar una gran dificultad, lo que ha llevado a la Corte a intentar objetivar los requisitos de la institución del *privity*. En el mencionado esfuerzo la *Court of Appeal* ha intentado establecer un test basado en presupuestos o criterios que deben examinarse entre la parte original de primer proceso y la parte de un segundo juicio para dilucidar si entre ellas existe una relación de *privies on interest*, en el reciente caso *Resolution Chemicals Ltd v H Lundbeck A/S* se señaló por parte de los sentenciadores que debía atenderse a tres aspectos¹⁰⁹⁷, (a) el alcance o extensión del interés de la parte del segundo proceso en la materia u objeto del primer juicio; (b) el alcance o extensión bajo el que pueda decirse que la nueva parte es, en realidad, la misma parte original en función de su relación con aquella y (c) dado los antecedentes preguntarse si sería justo que la nueva parte quede atada a los resultados del primer juicio¹⁰⁹⁸.

Este criterio tripartito intentó sistematizar doctrinas jurisprudenciales de varios casos que apuntaban a dar ciertos límites al concepto de *privity of interest*. En ese sentido, el caso *House of Springs Gardens v Waite*¹⁰⁹⁹, presentó una explicación extensiva del concepto de interés para poder establecer la relación entre *privies*, al intentar vincular a un tercero los efectos de una sentencia por fraude en el que éste no fue parte¹¹⁰⁰, impidiendo que pudiera desconocer los efectos de la sentencia. El fallo fue citado en *Resolution Chemicals Ltd* para fundamentar el establecimiento de los criterios antes enunciados, en especial el primero (a), señalando que si la relación de una de las partes con el objeto del juicio es lo suficientemente estrecha como para haberla podido litigar por sí misma, pero no lo ha hecho por una decisión voluntaria, incluso por la conveniencia de ahorrar el costo y molestia de la litigación, es posible establecer una relación de *privity of interest*¹¹⁰¹. Este

¹⁰⁹⁵ *Re Walton-cum-Trimley Manor, ex p Tomline* (1873) 28 LT 12. Citado por BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 70.

¹⁰⁹⁶ por ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 493.

¹⁰⁹⁷ *Resolution Chemicals Ltd v H Lundbeck A/S* [2013] EWCA Civ 924

¹⁰⁹⁸ Ibid. LORD FLOYD dando juicio en párrafo 32. Este mismo criterio aparece citado por ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 493

¹⁰⁹⁹ *House of Springs Gardens v Waite* [1991] QB 241

¹¹⁰⁰ *Resolution Chemicals Ltd v H Lundbeck A/S* [2013] EWCA Civ 924. Párrafo 26. Citado también en BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 69. y ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 493

¹¹⁰¹ El fallo de *Resolution Chemicals* citando a Stuart-Smith LJ en el párrafo 26: “*El demandante se contentó con sentarse y esperar, dejando a otros luchar su batalla, sin ningún expensa o costo para sí, o que a mi juicio es suficiente para establecer una relación de privity y aplicar el estoppel*”. Del original: “*he was*

mismo criterio, fue extraído, de acuerdo a *Resolution Chemicals*, de una sentencia de 1871¹¹⁰², en el que es posible ver de forma incipiente la aplicación del mismo criterio, al señalar que quien:

*“Sabido que está pasando (la existencia de un juicio de su interés) se conforma con mantenerse al margen y ver como su lucha es peleada por otro en defensa del mismo interés, ese sujeto debería estar vinculado por el resultado de dicho juicio, y no permitírsele reabrir el caso”*¹¹⁰³

Con todo, esta interpretación ha sido criticada, señalándose que debe mirarse con cautela una aproximación tan extensiva de la idea de *privy* en interés, cuidando de no establecer vinculación entre partes que no comparecieron al primer proceso en función de intereses meramente pecuniarios o especulativos en las resultas del juicio¹¹⁰⁴.

Por su parte, los criterios mencionados en (b) y (c), si bien se presentan como más clarificadores, suelen darse en situaciones que no siempre son tan simples. Así, en España ZARZALEJOS ha señalado que el segundo criterio se describe en función de la relación corporativa entre los sujetos, como el caso de una matriz y una filial¹¹⁰⁵, y respecto del tercer criterio (justicia de extender los efectos del fallo a un tercero) concluye que se deberá estar a la estrecha relación entre la parte y el tercero en un análisis general del caso¹¹⁰⁶.

f.2) Algunas tendencias a flexibilizar la regla de *mutuality* en otras jurisdicciones del *common law* y la postura en Reino Unido

Dado el contexto de dificultad en el que se desenvuelve la identificación de los sujetos procesales, así como basados en fundamentos de justicia y orden público, otras jurisdicciones de tradición anglosajona han tendido a relativizar las reglas de *privity* y *mutuality*, abrazando un enfoque más laxo respecto al alcance de los efectos de la sentencia, caracterizados por una expansión del concepto de *privies* hacia terceros que no fueron parte originaria en el primer juicio, haciendo que los efectos de la sentencia alcancen a terceros cuya relación con las partes es aún más difusa o derechamente inexistente. Este examen de otras legislaciones anglosajones se enmarca en el contexto

content to sit back and leave others to fight his battle, at no expense to himself. In my judgment that is sufficient to make him privy to the estoppel”

¹¹⁰² *Wytcherley v Andrews* (1871) LR 2 P&M 327.

¹¹⁰³ *Ibid.* Del Original: “*knowing what was passing, was content to stand by and see his battle fought by someone else in the same interest, he should be bound by the result, and not be allowed to re-open the case”*

¹¹⁰⁴ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 71.

¹¹⁰⁵ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Óp. Cit. p. 493.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

de constante revisión entre jurisdicciones del *common law*, en el que, como se ha mencionado *supra*, existe una constante visita a jurisprudencia y doctrina de otros países, incluso mediante su citación por parte de los Tribunales, de forma tal de servir como criterio interpretativo en cuestiones cuya complejidad requiere observar la aproximación tomada por sistemas jurídicos similares¹¹⁰⁷.

En el mapa del *common law* el país que más ha relativizado la regla del *mutuality* ha sido Estados Unidos, donde tanto por la influencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal como por la publicación de la obra de *Restatement of (second) Judgments*¹¹⁰⁸, en 1982, se han solidificado las ideas relativas a la flexibilización del efecto subjetivo de la *res judicata*. A nivel de autoridad judicial el primer avance se dio en 1942, conociendo el caso *Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav*¹¹⁰⁹, que estableció por primera vez la posibilidad de que un tercero ajeno a la primera controversia se beneficiara de lo resuelto en el fallo permitiéndole invocar el *estoppel* defensivo respecto de un determinado asunto –*issue estoppel*-¹¹¹⁰, de forma tal que impidiera la relitigación de dicha cuestión en el segundo proceso. Asimismo, comenzó una discusión sobre la real utilidad de la regla en casos especialmente complejos de responsabilidad subsidiaria o solidaria, en que no se demandaba a todos los causantes del daño a la misma vez¹¹¹¹. Este cambio de doctrina, sin embargo, ocurrió solo respecto del efecto negativo de la cosa juzgada¹¹¹², manteniendo la regla de exclusividad mutua de las partes respecto del efecto ofensivo o positivo¹¹¹³.

No obstante la relevancia del precedente antedicho, el cambio completo de paradigma respecto a la *rule of mutuality* se produjo en 1979 con el caso *Parklane Hosiery Co. V. Shore*¹¹¹⁴, donde la Suprema Corte Federal zanjó el abandono definitivo de la regla de

¹¹⁰⁷ Véase Introducción de Capítulo 3. Véase también MILLAR, Robert. The Premises. Op. Cit. pp. 1-2

¹¹⁰⁸ Se trata de una obra enciclopédica elaborada por el American Law Institute (ALI) donde se reúne toda la información relativa a las sentencias, su fundamentación y sus efectos, incluyendo el de la cosa juzgada. Su contribución ha sido caracterizada de tal forma que se puede considerar casi una codificación de las materias que trata, más que simplemente una guía práctica. Para una perspectiva crítica véase VESTAL, Alan. Restatement (Second) of Judgments: A Modest Dissent. Cornell Law Review. Vol. 66. N°3. 1981. pp. 464-509.

¹¹⁰⁹ *Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav* 22 Ill.19 Cal.2d 807, 122 P.2d 892 (1942).

¹¹¹⁰ El concepto de *issue estoppel* se trata latamente en la sección 3.3.2 de este capítulo.

¹¹¹¹ BARTENSTEIN, Fred Jr. The Mutuality Requirement in Res Judicata and Estoppel by Record., Washington & Lee Law Review. Vol. 2. 1941. pp. 238-240.

¹¹¹² *Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav* 22 Ill.19 Cal.2d 807, 122 P.2d 892 (1942). Este precedente fue confirmado en el caso *Blonder-Tongue Labs., Inc. v. University of Ill. Foundation*, 402 U.S. 313 (1971)

¹¹¹³ WATSON, Garry. Op. Cit., p. 627.

¹¹¹⁴ *Parklane Hosiery Co. V. Shore* 439 U.S. 322, 99 S. Ct. 645, 58 L. Ed. 2d 552, 1979 U.S. 50. En este caso la Corte Suprema determinó la posibilidad de terceros de beneficiarse de los efectos de una sentencia

reciprocidad, y la sustituyó por un examen discrecional de aplicación extensiva de los efectos preclusivos¹¹¹⁵, tanto negativos como positivos, de la sentencia respecto de terceros¹¹¹⁶. Dicho test invierte el principio general de *mutuality* recíproco y excluyente entre las partes por la regla diametralmente contraria, haciendo extensivos los efectos de la sentencia a terceros¹¹¹⁷. Con todo, esta aplicación está siempre sujeta a la discrecionalidad de la Corte¹¹¹⁸, que ha construido criterios de inaplicabilidad bajo ciertos supuestos, tales como: (a) el demandado no tuvo muchos incentivos para defenderse vigorosamente en la primera acción, por ejemplo, porque fue demandado por una cuantía baja y las demandas futuras no eran previsibles; (b) la decisión recaída en el primer proceso es inconsistente con respecto a otras que pudieran haberse producido con anterioridad frente al mismo demandado y (c) la segunda acción le permite al demandado impetrar estrategias procesales diferentes a las que hubiera podido ejercer en la primera acción por haber concurrido algún impedimento legal o fáctico¹¹¹⁹.

Por su parte, en Canadá se ha seguido la misma línea, aunque no existe una deserción total de la doctrina del *mutuality*, se vislumbra una clara tendencia a su abandono, habiéndose dictado desde mediados de los años setenta más de 20 sentencias por la Suprema Corte de Canadá que reconocen la aplicación extensiva de los efectos positivos y negativos de la sentencia, en especial referidas al *issue estoppel*¹¹²⁰, estableciendo lo que se ha entendido como una “simpatía por el enfoque de la jurisprudencia americana en la expansión de la doctrina a través del abandono del *mutuality*”¹¹²¹. Algunos autores, pese a la evolución más lenta que en Estados Unidos, se han atrevido a señalar que es cuestión de tiempo para que la doctrina sea completamente derogada por las Cortes

dictada entre dos partes. Se trató de una sentencia dictada por la Corte del Circuito, tras una acusación de la Comisión de Mercado de Valores (SEC por sus siglas en inglés) contra una compañía respecto a declaraciones maliciosamente falsas que violaban la ley de seguros, la que fue acogida y ratificada por el tribunal de apelación. Posteriormente los accionistas demandaron a la compañía y sus controladores la indemnización de perjuicios derivada de la pérdida de valor de sus acciones basándose en que la cuestión referida a la existencia de tales declaraciones violatorias de la ley ya se había determinado en proceso previo y no podía rediscutirse. En el mismo sentido véase *Cutter v Town of Durham*, 411 A.2d 1120, 1121 (N.H. 1980).

¹¹¹⁵ WATSON, Garry. Op. Cit. p. 631.

¹¹¹⁶ American Law Institute, Restatement (Second), Judgments, § 40.

¹¹¹⁷ Ibid. § 43.

¹¹¹⁸ Ibid. § 29.

¹¹¹⁹ WIENER DEUTSCH, Felipe. Op. Cit. p. 35.

¹¹²⁰ WATSON, Garry. Op. Cit. p. 643.

¹¹²¹ LANGE, Donald . The Doctrine of *Res Judicata* in Canada. LexisNexis Butterworths. Ontario. 2004. p. 59.

canadienses, esgrimiendo que “a la doctrina de *mutuality* solo le falta su ceremonia fúnebre, ya que si no está muerta está agonizando”¹¹²².

El impacto de estas tendencias en jurisdicciones de similar tradición que en Reino Unido ha sido notorio, pero no determinante. Así, la doctrina de las Cortes inglesas hoy en día, y de la mayoría de la literatura especializada, ha consistido en mantener la doctrina de *privity* y *mutuality* como requisito de aplicación de la *res judicata*, aun en el caso del *issue estoppel*¹¹²³. No obstante, el cambio de paradigma ocurrido al otro lado del atlántico ha permeado las decisiones de los tribunales ingleses de jerarquía intermedia, incluso citando la autoridad de la jurisprudencia de Estados Unidos¹¹²⁴, y estableciendo las bases para una posible expansión progresiva de los efectos preclusivos de la sentencia a terceros que no fueron parte originaria e incluso *privies* en el primer proceso.

Sin embargo, la Corte Suprema del Reino Unido (y anteriormente la *House of Lords*) han entendido que la doctrina de la mutualidad debe seguir aplicándose, y que, en realidad, la expansión de los efectos de un fallo proyectados a terceros que no participaron de aquel en determinados casos no sería propia de la cosa juzgada, sino de la doctrina *Henderson (abuse of process)*¹¹²⁵, que será analizada en el apartado siguiente¹¹²⁶, así en el caso conocido como *Birmingham Bombers* o caso *Hunter*¹¹²⁷, la Corte de Apelaciones señaló, a través del fallo de LORD DENNING, que la acción debía ser rechazada en virtud de la aplicación de un *estoppel* no mutuo¹¹²⁸, lo que constituyó el primer reconocimiento de un alejamiento real de dicha doctrina por la jurisprudencia británica¹¹²⁹. Sin embargo, el caso

¹¹²² WATSON, Garry. Op. Cit. p. 643.

¹¹²³ Basados en la autoridad del caso *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)*: HI 1966 en el que la doctrina es refrendada y aplicada en su idea tradicional. Doctrina confirmada en el caso *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd* [1977] 1 W.L.R. 510.

¹¹²⁴ Dichas doctrinas son mencionadas en *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)*: HI 1966

¹¹²⁵ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1250.

¹¹²⁶ Ver 3.3.3

¹¹²⁷ *McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283 y *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police* HL ([1982] AC 529, [1981] 3 WLR 906.

¹¹²⁸ LORD DENNING “La señalada razón para la regla de la reciprocidad no debería ser sacada de su contexto. La doctrina de la mutualidad y la reciprocidad deberían quedar confinadas a relaciones de cercanía o parentesco, como fue en el caso *Coke*. Véase como ejemplo los casos americanos de *Eagle, Star and British Dominions Insurance Co. v. Heller*(1927) 140 S.E. 314 , following *In the Estate of Crippen*[1911] P. 108. Nuestros Amigos en Estados Unidos han sido tan agudos como el mismo Bentham, y han rechazado la doctrina de la mutualidad completamente: y han limitado la doctrina del *privity*” del original: “The asserted reason for the reciprocity rule should not be lifted out of its context. The doctrine of reciprocity and mutuality should be confined to the kind of personal relationships which *Coke* instances. See the American cases such as *Eagle, Star and British Dominions Insurance Co. v. Heller* (1927) 140 S.E. 314, following *In the Estate of Crippen* [1911] P. 108. Our friends in the United States have been just as scathing as *Jeremy Bentham*. They have rejected the doctrine of mutuality altogether: and they have limited the doctrine of *privity*”. *McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283.

¹¹²⁹ *Ibid.*

fue revisado y revocado por la *House of Lords*, en donde LORD DIPLOCK señaló que para efectos del estoppel el requisito de *mutuality* o *privity* seguía vigente, sin perjuicio de la posibilidad de fundar el rechazo de la acción en un abuso del proceso, así expreso:

“No obstante lo dicho, es mi opinión, la que entiendo es compartida por todos los Uds. Lords, que será mejor, en orden a evitar confusiones, la descripción de issue estoppels en el derecho inglés se mantuviera restringida a la cosa juzgada que surge en acciones civiles entre las mismas partes o su privies” (énfasis añadido)¹¹³⁰

g) Decisiones *in Rem*

A diferencia de las sentencias pronunciadas respecto de cuestiones, intereses o derechos personales, en los cuales aplica la regla del *mutuality* antes vista, la cosa juzgada derivada de sentencias que involucran cuestiones reales o *in rem* son oponibles, en lo que respecta al contenido de la decisión, a todo el mundo¹¹³¹. En términos de SPENCER BOWER and HANDLEY “es vinculante para la parte, los privies, o cualquier otro”¹¹³².

Una decisión será *in rem* en el caso que determine el estado (*status*) de una cosa o una persona¹¹³³. Este estado se relacionará, en el caso de las cosas, generalmente, con su titularidad o el título bajo el cual un sujeto la tiene, como por ejemplo determinar que un sujeto A es dueño o tiene derecho de dominio sobre determinada cosa X. Mientras que el caso de las personas guardará relación con las declaraciones relativas a cuestiones propias del estado civil, como establecer el estado de “divorciado” o la determinación de la nulidad o inexistencia de un vínculo matrimonial¹¹³⁴. que, sin perjuicio de afectar a los sujetos específicos del pleito, compete asimismo a todo el resto de la sociedad en tanto reconocer tal calidad o *status*. Se ha dicho que, en este tipo de decisiones, para los efectos de la cosa juzgada “*todo el mundo es considerado como parte*”¹¹³⁵.

¹¹³⁰ Del original “*Nevertheless, is on my own view, which I understand is shared by all of your Lordships, that it would be best, in order to avoid confusion, if the use of the description issue estoppel in English law, at any rate, were restricted to that species of estoppel per res judicatam that may arise in civil actions between the same parties and their privies*” *McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands* [1982] A.C. 529.

¹¹³¹ BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 75. En tal sentido su tratamiento es similar al de la cosa juzgada erga omnes en el derecho español y chileno examinado supra en el Capítulo II.

¹¹³² HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. p. 1.

¹¹³³ WEBB, John. Res Judicata - Actions in Rem - *Durfee v. Duke*, 18 Sw L.J. 500 (1964). p. 501

¹¹³⁴ WOLFF, A. Res Judicata in Divorce. University of Western Australia Annual Law Review. vol. 1, N° 3. 1950. p. 369.

¹¹³⁵ LORD MANSFIELD en *Bernardi v Motteux* (1781) 2 Douglas 575. Párrafo 581. Asimismo, en Estados Unidos se ha dicho que “*Una persona que tiene a su favor una decisión de este tipo como cosa juzgada no necesita preocuparse de ninguna cuestión sobre la identidad de las personas, partes o privies*” del original: “*a person relying upon a decision of this kind as a res judicata is not concerned with any question of the identity of parties or privies*”. WILLIAMS, Hall. Res Judicata in Recent Cases. Modern Law Review. Vol. 13. Issue 3. 1950. p. 307.

2.1.1.2 LÍMITES Y EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DEL *CAUSE OF ACTION ESTOPPEL*

La determinación del alcance defensivo contra la renovación de la litigación de la *cause of action estoppel* viene dada en función de cuáles son los límites que permiten que, sin perjuicio de verificarse los requisitos de identidad entre el proceso pretérito y el original, la cosa juzgada excluyente no sea aplicada por los jueces, principalmente fundados en motivos de protección de la buena fe y de política pública del sistema de justicia¹¹³⁶.

Como señala SIME, durante un periodo de tiempo relativamente largo existió una cavilación jurisprudencial en relación a cuáles eran los límites o factores que impedían la aplicación de la doctrina del *cause of action estoppel*¹¹³⁷, y no fue hasta la dictación *Arnold* que la prístina exposición de LORD KEITH dejó claro cuáles eran los únicos criterios aplicables¹¹³⁸.

En ese entendido es usual encontrar tanto en la jurisprudencia como en la doctrina la afirmación de que la aplicación del *cause of action estoppel* -cumplidos que sean sus requisitos- es absoluta¹¹³⁹, señalando los casos emblemáticos de *Arnold* y *Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK* como la referencia de autoridad más relevante, que indica, tal como se transcribiera anteriormente que esta prohibición de relitigar alcanza incluso el descubrimiento de nueva evidencia no disponible al momento de juicio original¹¹⁴⁰, o incluso un cambio significativo en el derecho sustantivo aplicable al caso en el tiempo que medie entre ambos juicios y que hubiere hecho cambiar la decisión de ser aplicable¹¹⁴¹.

De esta manera, se ha señalado que existen solo dos situaciones marginales que impedirían la aplicación del *cause of action estoppel* y que serían excepción a la

¹¹³⁶ *Republic of India and Others v India Steamship Co Ltd (Indian Grace)* [1993] AC 410. En el mismo sentido *Zurich Insurance Company Plc v Hayward* [2011] EWCA Civ 641. En este fallo Lord Smith declaró que “Si hay un estoppel no hay posibilidad de permitir que la acción prosiga, bajo el supuesto de que es justo y correcto ni que la necesidad de pureza en la justicia prefiere a la necesidad de finalidad en la litigación” HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. p. 5.

¹¹³⁷ SIME, Stuart. Op. Cit. p. 39.

¹¹³⁸ *Ibíd.*

¹¹³⁹ Véase por ejemplo ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1247. SIME, Stuart. Op. Cit. p. 40. y el fallo paradigmático de *Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK) Ltd* [2013] UKSC 46; [2014] A.C. 160; [2013] 3 W.L.R. 299. En el que se cita la doctrina establecida por LJ Keith en *Arnold*. (ver ref. N° 26)

¹¹⁴⁰ LORD KEITH en *Arnold*: “El descubrimiento de nuevos antecedentes de hecho que de haber sido conocidos con razonable diligencia para su uso en el proceso pretérito permite, bajo la ley inglesa, la reapertura de la discusión” ver original en nota N° 26.

¹¹⁴¹ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1247.

prohibición absoluta, ellas son el fraude y la colusión procesal. Estos dos criterios no son, en sí mismos, de fácil determinación, y para su delimitación y concreción en su aplicación, ha de recurrirse a los casos que forman la autoridad más relevante de la jurisprudencia en la materia. En tal sentido, ya se ha señalado que la enunciación de las excepciones en comento quedó de manifiesto en la intervención de LORD JUSTICE KEITH en *Arnold*, quien señalaba: “a menos que exista fraude o colusión a su respecto, en cuyo caso podría justificarse dejarla de lado”¹¹⁴², estableciendo la doctrina de los dos límites antedichos, idea que, como se dijera anteriormente fue refrendada en el caso *Virgin Atlantic*¹¹⁴³ por la Corte Suprema del Reino Unido¹¹⁴⁴.

Sin perjuicio de lo claro que puedan parecer los límites formales, el alcance de qué se entiende por “fraude” en el primer proceso para excluir la aplicación de la cosa juzgada no ha sido sencillo. ZUCKERMAN ha señalado que debe entenderse por fraude aquel en el que el fallo es obtenido mediante la utilización de evidencia falsa, tanto que sea producida por la propia parte, como en el caso de que la parte sepa que, por ejemplo, un testigo comete perjurio¹¹⁴⁵. Este principio, como señala el autor referido, no es otra cosa que una manifestación de un principio sustantivo de derecho de larga data, nadie puede beneficiarse de su propio dolo¹¹⁴⁶, o como señalare la Corte quien “deshonestamente haya obtenido los frutos de su victoria”¹¹⁴⁷.

En tal sentido, la determinación de la existencia de fraude ha atravesado varios idearios diversos. Uno de los primeros casos relevantes lo constituye *Ladd v Marshall*¹¹⁴⁸, en el cual los jueces señalaron que la simple declaración de un testigo de que había mentado en el juicio original (y que ahora pretendía decir la verdad) no constituía, en sí misma, robustez suficiente para repetir el juicio¹¹⁴⁹.

Sin embargo, surgió el cuestionamiento referido a los casos en que más que una parte como persona natural, se trate de una compañía -persona jurídica- a quien se le imputa fraude en el proceso. En tal sentido, se tomó como primer criterio la doctrina del caso

¹¹⁴² LJ Keith of Kinkel. *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafos 104-05.

¹¹⁴³ *Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK) Ltd* [2013] UKSC 46; [2014] A.C. 160; [2013] 3 W.L.R. 299.

¹¹⁴⁴ *Cinpres Gas Injection Limited -v- Melea Limited* [2008] EWCA Civ 9 en 97.

¹¹⁴⁵ ZUCKERMAN, Adrian. Finality of litigation. Op. Cit. p. 152.

¹¹⁴⁶ Ibid. p. 151. Citado también por ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 495.

¹¹⁴⁷ “dishonestly obtained the fruits of victory”. *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Corporation (“Perjury II”)* [2005] EWHC 2524 (Comm). Párrafo 199.

¹¹⁴⁸ *Ladd v Marshall* [1954] WLR 1489.

¹¹⁴⁹ Ibid.

*Odyssey v OIC Run-Off*¹¹⁵⁰, en la cual se establecía como criterio de fraude procesal que el acto ilegítimo debía provenir de alguna de las partes en el juicio, es decir, ser imputable a la conducta fraudulenta de alguno de los intervinientes, aunque fuera una compañía, en el juicio pretérito que impidiera que éste fuere revisado¹¹⁵¹. En esta sentencia, se asentó el denominado “*Odyssey test*”, por cual se entiende que una compañía comete fraude no sólo cuando este se produce en su nombre o por uno de sus actuales integrantes o directivos, sino también -como fuera en dicho caso- por un ex alto ejecutivo que al momento del juicio no pertenecía formalmente a la empresa por llevar algún tiempo desvinculado de ella, pero que si lo era al momento de los hechos que originaron la causa. En tal sentido, el fallo estableció el baremo señalando que la compañía comete fraude sea que conozca que la evidencia promovida es falsa, o sea que quien cometa el perjurio haya sido, en un momento relevante, miembro del equipo legal o de la toma de decisiones de dicha corporación¹¹⁵².

Posteriormente, en el fallo de la Corte de Apelaciones *Cinpres Gas Injection Ltd v Melea Ltd*, un caso sobre patentes en el que se reclamaba el falso testimonio de un sujeto distinto de las partes litigantes, y por el cual la Corte tendió a cambiar parcialmente su criterio jurisprudencial, señaló que el criterio de fraude de la parte establecido en *Odyssey* era demasiado restrictivo, ampliado aún más la interpretación al fraude cometido por terceros en el proceso y que haya sido determinante en la sentencia¹¹⁵³. A este respecto ZUCKERMAN se ha manifestado de forma crítica, toda vez que crea una cadena de indeterminación sobre qué tan revisable o revisitable es la decisión contenida en la sentencia mediante la excepción a la aplicación de la *cause of action estoppel*, expresando que se deja la puerta abierta para que cualquier evidencia falsa permita atacar del fallo, sin importar que las propias partes en ese momento hayan sido inocentes a tal respecto, ni cuánto tiempo haya pasado¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁰ *Odyssey v OIC Run-Off* [2000] EWCA Civ 71.

¹¹⁵¹ “Por las razones dadas en el fallo entregado por el juez LORD BUXTON, las cuales, de buena manera acepto, estoy de acuerdo con la necesidad de que el perjurio en la evidencia (fraude en la evidencia) debe provenir de una de las partes del procedimiento”. Original: “For the reasons given in the judgment to be delivered by Lord Justice Buxton, which I gratefully adopt, I agree with him that it is necessary for the perjured evidence which procures the judgment to be the evidence of a party to the proceedings.”

¹¹⁵² ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process...? Op. Cit. ref. 36. p. 153. Se hace referencia a que dicho testigo resultó ser “vital” para obtener una sentencia favorable a la compañía.

¹¹⁵³ *Cinpres Gas Injection Ltd v Melea Ltd* [2008] EWCA Civ 9 en párrafos 108 y 109.

¹¹⁵⁴ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 36. p. 154.

Por otro lado, en el célebre caso *Dixon v Marchant* la Corte tuvo una aproximación diversa. En términos sencillos, el caso versaba sobre un marido que debía pagar la manutención de su antigua cónyuge tras su divorcio. Cómo el exmarido quería jubilarse, inició un procedimiento para establecer si era posible el pago de un monto único y final en vez de una pensión periódica mensual, conforme había sido la modalidad hasta ese momento¹¹⁵⁵. Para tal decisión la Corte, emplazando a la mujer, tuvo que solicitar la declaración sobre una cuestión fundamental del caso: si la mujer tenía la intención de volver a contraer nupcias, toda vez que la obligación del pago de la manutención del exmarido cesa, de acuerdo con la regulación del derecho de familia inglés, en caso de contraer nuevamente matrimonio. Ante dicha interrogante la mujer contestó en forma negativa, que no pensaba casarse, ni estaba en ese momento manteniendo una relación de cohabitación con nadie. En consecuencia, una orden de pago único de £125.000 (ciento veinticinco mil libras esterlinas) fue declarada por el tribunal¹¹⁵⁶. Posteriormente la mujer, transcurridos tres meses desde el fallo, contrajo nuevamente matrimonio, provocando que el antiguo marido iniciara un nuevo procedimiento para rediscutir la cuestión a la luz de estos nuevos antecedentes. En este caso, la Corte interpretó, de forma controversial entre sus miembros, que el problema de fondo no era el fraude o la falta de veracidad de la sentencia (discutida en si misma dado que la mujer señaló que se le había propuesto matrimonio después del fallo)¹¹⁵⁷, sino que la intención de dar un solo pago a la mujer con ocasión de la jubilación del marido, el hecho de que hubiere sido falso que no tuviera pensado volver a casarse fue considerado una premisa no fundamental del caso, y por lo tanto no accedió a considerarla como fraude¹¹⁵⁸.

Este devenir cambiante de la jurisprudencia en torno al concepto de fraude se mantuvo hasta una data relativamente reciente, y, como bien cita ZARZALEJOS¹¹⁵⁹, no sería hasta la

¹¹⁵⁵ Ibid.

¹¹⁵⁶ *Dixon v Marchant Court of Appeal* (Civil Division), 24 de enero de 2008. Párrafo 9.

¹¹⁵⁷ “La Corte estima que es suficiente con que no hay ninguna base para una suposición fundamental, ni siquiera tácita, de que el acuerdo o la orden dependiera de que la mujer volviera a casarse en un breve período de tiempo” del original “I am quite satisfied that there was no basis or fundamental assumption, even a tacit one, that the deal would founder if the wife remarried within a relatively short time after the agreement. The risk of remarriage was one the husband had to accept. I would dismiss the appeal accordingly.” *Dixon v Marchant Court of Appeal* (Civil Division), 24 de enero de 2008 Párrafo 27.

¹¹⁵⁸ “Por los motivos mencionados se concluye que la suposición de que W no volvería a casarse en un corto período de tiempo no era una premisa fundamental, y Lord Lawrence Collins sostuvo que la orden original no debía modificarse” Del original “For the reason just mentioned he concluded that the assumption that the W would not remarry within a short time was not a fundamental assumption. Lawrence Collins L.J. agreed that the consent order should not be disturbed”. ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 36. p. 156

¹¹⁵⁹ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 495.

dictación de la sentencia en el caso *Royal Bank of Scotland plc v Highland Financial Partners LP* cuando se sentó un test tripartito que pretende fijar criterios para poder declarar que se ha estado frente a un “fraude” en la evidencia del primer juicio. Dichos criterios son¹¹⁶⁰:

- a) Criterio de la "*conscious and deliberate dishonesty*": traducido como la consiente y deliberada deshonestidad del declarante. Supone un criterio de índole subjetivo, dolo o mala fe subjetiva, que requiere que la parte que haya presentado evidencia ante la Corte, o tomado una acción en tal sentido, hecho alguna declaración ante ella, o por el contrario si ha decidido ocultarla¹¹⁶¹, y que haya sido relevante para el fallo que se pretende rever.
- b) Criterio de la sustancialidad: traducido de la voz "*material*" en inglés, requiere que aquella pieza de evidencia, declaración, o acción tomada en forma consiente y deliberadamente deshonestamente haya tenido un impacto tal, que haya sido la causa de la decisión original de la Corte, o de la forma en que ésta se haya tomado¹¹⁶². La Corte en *Royal Bank of Scotland* extiende su explicación y señala que, debe ser tal lo sustancial de dicha evidencia, que debe existir una relación de causalidad entre dicha actuación dolosamente entregada -u omitida- y el fallo obtenido¹¹⁶³.
- c) Criterio del análisis de la nueva evidencia: señala que la nueva prueba disponible, que no adolezca de fraude debe analizarse de forma retrospectiva y aplicarse hipotéticamente al caso originalmente fallado, y no prospectivamente previendo que ocurrirá con dicha prueba en el segundo juicio¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁰ *Royal Bank of Scotland Plc v Highland Financial Partners LP* [2013] EWCA Civ 328.

¹¹⁶¹ Del original: "*there has to be a "conscious and deliberate dishonesty" in relation to the relevant evidence given, or action taken, statement made or matter concealed*". *Royal Bank of Scotland Plc v Highland Financial Partners LP* [2013] EWCA Civ 328. Párrafo 106.

¹¹⁶² Ibid. "*"Material" means that the fresh evidence that is adduced after the first judgment has been given is such that it demonstrates that the previous relevant evidence, action, statement or concealment was an operative cause of the court's decision to give judgment in the way it did*".

¹¹⁶³ Ibid. "*Así, la deshonestidad deliberada y consciente debe ser causativa del juicio impugnado, habiendo sido obtenido en esos términos debido a ella*" del original "*Thus the relevant conscious and deliberate dishonesty must be causative of the impugned judgment being obtained in the terms it was*".

¹¹⁶⁴ Ibid. "*Thirdly, the question of materiality of the fresh evidence is to be assessed by reference to its impact on the evidence supporting the original decision, not by reference to its impact on what decision might be made if the claim were to be retried on honest evidence*". Este criterio no es novedoso en el fallo comentado, sino que fue reconocido previamente, y oportunamente citado en aquel como precedente relevante, pudiendo ser observado con mayor detenimiento en *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Corporation ("Perjury II")* [2005] EWHC 2524 (Comm). Párrafos 197-199: "*The court has to be persuaded that the fresh evidence would in fact have fundamentally changed or undermined the way in which the first court approached and came to its conclusions*" traducido como: "*la corte debe ser persuadida de que la nueva prueba habría, de hecho, cambiado fundamentalmente o debilitado la forma en la que el tribunal se aproximó a sus conclusiones*".

Sin perjuicio de lo clarificador que pueda pretender ser el fallo recién citado, debe tenerse presente, nuevamente, que las Cortes inglesas tienden a establecer los denominados “*tests*”, atendidos como un cúmulo o conjunto de requisitos que operan como la condición para que una situación pueda o no ser catalogada en una determinada categoría jurídica o se puede tener por cierta. En este caso, si bien se fijan criterios, el primero es de raigambre exclusivamente subjetivista, ya que apunta al ánimo íntimo y personal, asimilable al dolo o mala fe, es decir, una intención maliciosa de aportar evidencia falsa o de ocultar la verdadera. Lo anterior, pese a la pretendida claridad del criterio, deberá siempre salvar las habituales dificultades de la prueba de un actuar doloso, perjudicando esta intención de clarificar.

Por su parte, los criterios b) y c) sitúan al tribunal en un juicio de causalidad, suponen un ejercicio mental propio de una supresión mental hipotética, en el cual los jueces deben suprimir la evidencia fraudulenta e intentar dilucidar si las conclusiones a las que se habría llegado en su oportunidad habrían sido las mismas.

Como se ha podido expresar, la regla del fraude o colusión para poder excluir la aplicación de la *res judicata* en su hebra de causa de acción, no sólo reviste una extraordinaria excepcionalidad¹¹⁶⁵, sino que también mantiene criterios de determinación de dicho fraude que, aunque se han ido clarificando continúan dando dificultades de aplicación.

2.1.1.3 ISSUE ESTOPPEL

Tal como se señalara supra¹¹⁶⁶, la *res judicata* en el derecho inglés, y en general en todo el *common law*, tiene como segunda línea de aplicación del *estoppel by record* el denominado “*issue estoppel*”¹¹⁶⁷, que fuera también definido por LORD KEITH en el caso *Arnold*, sin perjuicio de haber estado presente y conceptualizado, aunque no con tanta claridad, tanto en doctrina como en autoridad casuística desde mucho tiempo antes¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 469.

¹¹⁶⁶ Véase *supra* 3.2

¹¹⁶⁷ Concepto cuya traducción resulta compleja, pues incumbe la polisemia de la palabra “issue” la cual, como veremos, puede referirse tanto a cuestiones de hecho, como de derecho o ambas. Para fines de este trabajo se le denominará en castellano como asunto o cuestión, sin perjuicio de posteriores explicaciones según fuere necesario.

¹¹⁶⁸ Se suele mencionar el primer caso en que aparece a *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921) 29 C.L.R. p.561-562 correspondiente a la Corte de Australia, sin embargo, este fallo ha obtenido tal fama en virtud de haber sido, efectivamente, el primero en utilizar la expresión issue-estoppel, mas el efecto mismo de la cosa juzgada sobre determinados asuntos o cuestiones entre las mismas partes pero con diverso fundamento (doctrina del *issue estoppel*) puede encontrarse en casos mucho más antiguos como *Duchess*

En términos de explicación preliminar el *issue estoppel* consisten en la imposibilidad de revisar asuntos cuestiones resueltas por la Corte en juicios entre las mismas partes, pero en que la causa de la acción es distinta¹¹⁶⁹.

En las voces de *Arnold*, se entendió por *issue estoppel*:

*“El Issue estoppel puede aplicarse cuando un asunto en particular que forma parte necesaria de la causa de una acción de un juicio anterior que ya ha sido litigada y decidida, en un procedimiento subsecuente entre las mismas partes que involucra una causa distinta o acción diversa, pero para la cual el mismo asunto o cuestión es relevante, una de dichas partes buscar volver a revisar dicho asunto o cuestión”*¹¹⁷⁰.

A su turno, la literatura ha dedicado gran atención al concepto, más incluso que a *la cause of action estoppel* ya referida. Así, LORD DENNING en el célebre caso *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb*, daba un contorno amplio y extensivo de la institución señalando, para diferenciar el *issue estoppel* del *cause of action*:

*“El derecho, como yo lo entiendo es de esta manera, si una parte presenta una acción contra otra por una causa particular, y una sentencia se pronuncia sobre ella, existe una estricta regla de derecho relativa a que esa parte no puede presentar la misma acción fundada en la misma causa, pues ésta transita in rem judicatam. Pero dentro de la misma causa o acción, existen diversos y variados asuntos o cuestiones discutidos que son necesarios para la determinación del caso. La regla, ergo, es que una vez que un asunto ha sido traído ante la Corte y distintivamente determinado entre las partes, entonces, por regla general, ninguna parte tendrá permitido volver a disputar el asunto o cuestión, la que no podrá volver a ser debatida ni resuelta ni el mismo procedimiento ni en otro distinto, salvo circunstancias excepcionales”*¹¹⁷¹.

Se trata, entonces, de que el efecto preclusivo no solo alcanza la decisión misma de la cuestión controvertida, sino también que las partes quedan vinculadas por los hallazgos o conclusiones sobre cualquier cuestión de hecho o derecho que se considere esencial en la resolución del caso¹¹⁷².

of Kingston [1776] EngR 16, en un caso referido al efecto de cosa juzgada entre de una sentencia eclesiástica en materia de justicia civil.

¹¹⁶⁹ ANDREWS, Neil. On civil... Op. Cit. p. 474.

¹¹⁷⁰ LORD KEITH *“Issue estoppel may arise where a particular issue forming a necessary ingredient in a cause of action has been litigated and decided and in subsequent proceedings between the same parties involving a different cause of action to which the same issue is relevant one of the parties seeks to re-open that issue”*

¹¹⁷¹ LORD DIPLOCK en: *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630. Párrafo 640. Del original: *“The law, as I understand it, is this: if one party brings an action against another for a particular cause and judgment is given upon it, there is a strict rule of law that he cannot bring another action against the same party for the same cause. Transit in rem judicatam. But within one cause of action, there may be several issues raised which are necessary for the determination of the whole case. The rule then is that, once an issue has been raised and distinctly determined between the parties, then, as a general rule, neither party can be allowed to fight that issue all over again. The same issue cannot be raised by either of them again in the same or subsequent proceedings except in special circumstances”*.

¹¹⁷² ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on civil... Op. Cit. ref. 1. p. 1239.

Por lo tanto, se trata de la aplicación del mismo principio de política pública¹¹⁷³, *res judicata*, que en un sentido amplio impide la revisita no solo de la cuestión misma, agotada por la sentencia y protegida por la regla del *cause of action estoppel*, de manera tal que existiendo identidad de las partes entre ambos procesos los efectos de lo resuelto en una primera oportunidad alcanzan a todas aquellas cuestiones que hayan sido necesarias para dicha decisión, no pudiendo pretender alterarse ninguna de dichas cuestiones en una discusión subsecuente en un nuevo proceso. Como ha dicho SIME -con gran simpleza- el *issue estoppel* se trata de una extensión del *cause of action estoppel* por la cual las mismas partes se ven enfrentadas en litigios sucesivos, pero con distintas causas (entendidas como *cause of action*)¹¹⁷⁴, pero en el que un asunto o cuestión esencial en la primera disputa es también esencial en la segunda, impidiendo que se niegue si se declaró como efectivo o que se afirme si se declaró inexistente¹¹⁷⁵. Podría entenderse, de la misma manera, que para que opere el *issue estoppel*, no debe poder verificarse el *cause of action*, pues los efectos de éste cubrirían los de aquel. En tal sentido el *issue estoppel* funciona como una regla de cosa juzgada subsidiaria para el evento de no verificarse los supuestos del estoppel por causa de acción¹¹⁷⁶.

2.1.1.3.1 Requisitos del *issue estoppel*

Según la construcción jurisprudencial y doctrinaria en esta materia, se ha podido determinar que para la aplicación de este *estoppel* deben concurrir ciertos requisitos, los que para esta investigación hemos intentado sistematizar según se sigue a continuación¹¹⁷⁷:

a) Identidad de asuntos o cuestiones (*issues*) decididas entre ambos procesos

Como primer requisito de aplicabilidad deben existir dos procesos en los que se pretende discutir un asunto de hecho o derecho que ya haya sido zanjado

¹¹⁷³ “*Issue estoppel is an extension of the same public policy*”, LORD DIPLOCK *Thoday v. Thoday* [1964] P 181 CA. Párrafo 197.

¹¹⁷⁴ SIME, Stuart. Op. Cit. p. 38.

¹¹⁷⁵ Ibid.

¹¹⁷⁶ NARUN, Gosh. An uncertain shield: *res judicata* in arbitration. *Arbitration International*. Vol. 31. N°4. 2015. p. 663.

¹¹⁷⁷ “*The requirements of issue estoppel still remain (1) that the same question has been decided, (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final, and (3) that the parties to the judicial decision, or their privies, were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised, or their privies*” LORD GUEST, en *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)*: H1 1966. Y en el mismo sentido puede verse en *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630. Párrafo 640, *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafo 105. *Watt (formerly Carter) v Ahsan* | [2008] AC 696. Párrafo 30.

previamente por la Corte¹¹⁷⁸. Existe consenso en que este presupuesto es esencial, sin embargo, la forma de determinar que se está ante exactamente la misma cuestión o asunto y el alcance de ésta no ha tenido equivalente claridad¹¹⁷⁹.

Primeramente, corresponde señalar que el asunto cuya identidad se disputa (*issue*) puede corresponder tanto a una cuestión de hecho como de derecho¹¹⁸⁰, o como señala ZARZALEJO “El *issue estoppel* despliega sus efectos sobre un determinado elemento fáctico o jurídico de la causa de pedir en el procedimiento originario. En función de si el *issue estoppel* aplica a un hecho o a un elemento jurídico”¹¹⁸¹. Cabe hacer presente que, cierta jurisprudencia construye el concepto de “*issue of fact*” (*questio facti*) desde una perspectiva de consecuencias jurídicas, es decir, no se trata de que la cuestión determinada en juicio anterior sea simplemente un hecho de dicha causa, sino que se de dicho antecedente de hecho se desprendan consecuencias jurídicas relevantes para la causa¹¹⁸².

En ese sentido, VAN DE VALDEN señala que el *issue* a comparar debe entenderse como una cuestión referida a las consecuencias jurídicas de un conjunto de hechos particulares cuya respuesta o resolución resulta necesaria para la decisión del tribunal, puede involucrar una disputa factual, pero los hechos en sí mismos de esa disputa no serán el *issue*, sino que de él se deriven consecuencias jurídicamente relevantes¹¹⁸³. Como ejemplo podemos señalar que corresponde a un *issue* el que el sujeto A no haya entregado el bien X en el lugar Y en el plazo Z previamente convenido con el sujeto B. Lo anterior es una cuestión factual, pero genera la consecuencia jurídica de ser el hecho fundante de un incumplimiento contractual.

¹¹⁷⁸ Ibid.

¹¹⁷⁹ HANDLEY, K. R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.19. p. 113.

¹¹⁸⁰ Ibid. p. 105.

¹¹⁸¹ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 496.

¹¹⁸² Véase por ejemplo: *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630. LORD DENNING: “*But while an issue may thus involve a dispute about facts, a mere dispute about facts divorced from their legal consequences is not an issue*” traducido como “*Pero si bien un asunto puede involucrar una disputa sobre hechos, la mera disputa sobre hechos desconectada de sus consecuencias legales no es una verdadera cuestión o asunto (issue)*”. Citado también por ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 496.

¹¹⁸³ VAN DE VALDEN, Jacob. Op. Cit. p. 82.

Con todo, la misma cuestión puede tener componentes fácticos y jurídicos en sí misma, pudiendo tener una composición mixta, lo que no la hará perder la condición o calidad de ser un solo *issue*¹¹⁸⁴. Así, por ejemplo, la determinación en un juicio pretérito de la existencia de un matrimonio legalmente celebrado es un *issue* de derecho, mientras que la extensión temporal de dicho matrimonio será una cuestión meramente fáctica. Por su parte cuestiones mixtas suelen presentarse en juicios de responsabilidad, como accidentes de tránsito¹¹⁸⁵, como la determinación de que el sujeto A conducía el vehículo X a la velocidad Y de forma negligente¹¹⁸⁶.

A su turno, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que las cuestiones o asuntos deben ser exactamente los mismos¹¹⁸⁷. Es decir, no se puede pretender aplicar esta doctrina al caso en que en el segundo proceso se plantea la mera posibilidad o probabilidad de que ocurran hechos que constituyan un asunto idéntico al original¹¹⁸⁸, se le quita aplicación para la eventualidad de que surjan en lo sucesivo, debiendo ser actuales al momento de hacer valer el estoppel, sin que el tribunal tenga ningún atisbo de duda a tal respecto, es decir, “para que el principio del *issue etoppel* aplique debe ser posible sostener que los asuntos o cuestiones son efectivamente idénticos”¹¹⁸⁹, es decir no dejando espacio a la especulación de las partes respecto asuntos similares, colaterales o relacionados. Lo anterior alcanza, incluso, aquellos casos en que las partes pretenden “expandir” o “alargar” los asuntos ya resueltos utilizándolos como base de una presunción usada en el segundo proceso, para que el tribunal sea a través de nueva prueba

¹¹⁸⁴ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.04. p. 105.

¹¹⁸⁵ Ibid.

¹¹⁸⁶ Se trata de cuestiones de hecho en cuanto a la existencia del suceso de la conducción a una determinada velocidad, pero de derecho en cuanto a la determinación de negligente como factor de atribución de responsabilidad.

¹¹⁸⁷ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.19. p. 114.

¹¹⁸⁸ “La doctrina no puede extenderse a meras presunciones o probabilidades sobre cuestiones o asuntos que surgirán en la segunda acción y que hay duda de que serán completamente idénticos” del original: “but de doctrine cannot extend to presumptions or probabilities as to issues on a second action which cannot be asserted beyond all possible doubt to be identical with those arose on the first action”. LORD MAUGHAM en *New Brunswick Railway Co v British and French Trust Corporation Ltd* [1939] AC 1, citado en HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.21. p. 114.

¹¹⁸⁹ JUEZ WALSH en *Co-Ownership Land Development Pty Ltd Queensland Estates Pty Ltd* (1973) 47 ALJR 519, 512.

complementaria o a través de su razonamiento inferencial tengo por acreditado una cuestión nueva y diversa a la original¹¹⁹⁰.

De igual forma, dado que los asuntos o cuestiones tienen que haber sido decididos, se ha presentado la duda respecto al alcance de esta expresión, que parece más relacionada con la decisión final de la causa, y por lo tanto más asociada a la cosa juzgada de la causa -*cause of action estoppel*- que al *issue estoppel*¹¹⁹¹. En tal sentido, se ha dicho que se entiende que existen asuntos “decididos” o “resueltos” cuando un acto, un fallo o una opinión de la Corte determina la existencia de una cuestión de hecho o de derecho¹¹⁹², así la jurisprudencia ha señalado: “No es el remedio o la indemnización en si misma, sino el asunto alegado por la parte y sobre el cual se basa el remedio lo que genera el estoppel”¹¹⁹³. En un ejemplo sencillo, quiere decirse que, si se ha decidido conceder una indemnización por el incumplimiento del contrato del demandado, no es la indemnización misma la que no puede relitigarse en virtud del *issue estoppel*¹¹⁹⁴, sino que la determinación de alguno de los elementos de dicha responsabilidad, como por ejemplo la existencia del contrato, el incumplimiento o la mora.

Otra cuestión relevante que se planteó tanto en doctrina como por la autoridad judicial guarda relación con que si los descubrimientos o declaraciones en la que se decide o resuelve un asunto deben ser solo aquellas expresamente señaladas en la sentencia. En tal sentido, como podría esperarse, no existe duda sobre los fallos en que se ha hecho una declaración expresa en relación con el asunto o cuestión de hecho o derecho¹¹⁹⁵, pero se ha planteado la duda respecto a las denominadas determinaciones judiciales inferidas o deducidas (*inferred judicial*

¹¹⁹⁰ “Cuando un nuevo y separado asunto (*issue*) surge en un segundo juicio no se está obligado a establecer dicho asunto a través de la combinación de éste con uno del juicio anterior con nueva prueba, ni aun por fuerte que dicha nueva evidencia pueda ser” JUEZ EVATT en *O'Donel v Commissioner for Road Transport and Tramways (NSW)* [1938] HCA 15; 59 CLR 744.

¹¹⁹¹ HANDLEY, K. R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.16. p. 106.

¹¹⁹² Ibid.

¹¹⁹³ Del original “It is not the recovery, but the matter alleged by the party and upon which the recovery proceeds, which creates the estoppel”. LORD ELLENBOROUGH en *Outram v Morewood* (1803) 3 East 346; [1803] 102 ER 630.

¹¹⁹⁴ Ello quedaría cubierto por el *cause of action estoppel*.

¹¹⁹⁵ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.07. p. 106.

determinations) que no quedan explícitas en el fallo¹¹⁹⁶. En principio se señala, como expresan SPENCER BOWER AND HANDLEY, que es posible hacer valer cuestiones deducidas o tácitas, pero que ello puede generar problemas o dificultades de identificación y determinación¹¹⁹⁷. Por ello la jurisprudencia, en antigua data, trató de resolver en tal sentido señalando que un asunto de hecho o derecho decidido en una sentencia previa, aunque no aparezca en términos expresos, no puede volver a ser discutido por las partes¹¹⁹⁸.

Sin embargo, dicho criterio ha sido matizado en casos más recientes, en el que, en un ejercicio propio de la cultura judicial británica, se ha establecido un “test” de suficiencia que debe cumplir la inferencia para poder considerarse, y es que ésta debe estar, al menos, razonablemente clara – *reasonably clear*- en la sentencia, así lo señaló la Corte en el caso *Turner v London Transport Executive*, esgrimiendo que un caso de *issue estoppel* no puede establecerse a menos que pueda aseverarse con cierto grado de precisión aquello que el fallo dominante resolvió¹¹⁹⁹, cuestión que en dicha causa no ocurrió, por lo que no se dio lugar al estoppel. De forma similar, se ha señalado en cierta jurisprudencia que más que apuntar a la razonable claridad de la cuestión, debe estarse a la función que dicho *issue* en la determinación de la decisión sobre el fondo¹²⁰⁰. Es decir, se debe comprender que cuestiones de hecho y de derecho han sido lógicamente necesarias para llegar a la conclusión del caso, al igual que con el criterio de necesidad¹²⁰¹, se apunta a que, si los asuntos de hecho o derecho sobre los que quiere hacerse valer el estoppel formaron parte esencial del razonamiento de la decisión, aunque no sean explícitos, formaran parte de la decisión y estarán cubiertos por *issue estoppel*¹²⁰².

Como ejemplo de lo anterior, se ha dado que una condena a la indemnización de perjuicios en favor del demandante por haber invadido los límites de un bien

¹¹⁹⁶ Ibid. p. 107.

¹¹⁹⁷ Ibid.

¹¹⁹⁸ Del original “An issue necessarily decided in an earlier case, although not in express terms, could not be raised again between the parties” en *Gregory v Molesworth* (1747) 3 ATK 626.

¹¹⁹⁹ *Turner v London Transport Executive* [1977] ICR 952 CA, 966.

¹²⁰⁰ JUEZ COLERIDGE en *R v Hartington Middle Quarter Inhabitants* (1855) E & B 780.

¹²⁰¹ *Infra* letra b)

¹²⁰² JUEZ COLERIDGE en *R v Hartington Middle Quarter Inhabitants* (1855) E & B 780.

inmueble supone haber establecido algún *derecho de posesión* sobre él por parte de quien solicita dicha compensación¹²⁰³, el cual es inferido si es que no es explícitamente señalado en la sentencia, pero, por otro lado, no puede inferirse el título bajo el cual se obtuvo la mencionada prerrogativa¹²⁰⁴.

b) Que el *issue* haya sido esencial en el primer juicio: criterio de la necesidad

Otra base para la aplicación de la doctrina del *issue estoppel* que se hace presente de forma unánime en la literatura y la autoridad judicial es que el asunto o cuestión, sea de hecho o de derecho, haya tenido una función relevante en la resolución de la primera disputa. Tanto doctrina como jurisprudencia inglesa han entendido que rol que debe haber tenido en la sentencia anterior debe haber sido tal, al punto que sea un -en términos de Lord Keith en *Arnold*- “*ingrediente necesario*”¹²⁰⁵, o elemento esencial de dicha decisión¹²⁰⁶.

La jurisprudencia ha reconocido, desde antiguo, la posibilidad de que una sentencia dé lugar a muchas cuestiones de hecho o derecho, pero que no todas sean esenciales, pasando aquellas a denominarse cuestiones colaterales, por oposición a aquellas necesarias¹²⁰⁷. Asimismo, si una cuestión de hecho o derecho (*issue*) ha sido resuelta en forma expresa, ello no significa que indefectiblemente se deba considerar esencial o necesaria, y, por otro lado, puede ser, como se mencionó anteriormente, que cuestiones necesarias hayan sido resueltas, aunque no de forma explícita, sino inferida de la sentencia. Así en el caso *Barrs v Jackson*, Lord Holt manifestó al fallar esta diferencia de la siguiente manera:

*“Una cuestión que sido directamente determinada por una sentencia eclesiástica no se puede contradecir: la sentencia es conclusiva en tal caso, y ninguna evidencia deberá ser admitida para probar lo contrario. Pero eso es en referencia las cuestiones directamente tratadas, de otra manera se trata de meros asuntos colaterales inferidos de la sentencia como es este el caso”*¹²⁰⁸

¹²⁰³ En Reino Unido se le denomina al derecho sobre un bien raíz “*right to possession*”.

¹²⁰⁴ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.07. p. 108.

¹²⁰⁵ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafo 105

¹²⁰⁶ La voz “*essential element*” corresponde a LORD DIPLOCK en *Mills v Cooper* [1967] 2 Q.B 459. También citado en ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p.496. Otra buena fuente de autoridad en la materia puede encontrarse en *Re State Of Norway’s Application (No 2)*: HI 1989 [1990] 1 Ac 723.

¹²⁰⁷ *Blackham’s Case* (1708) 1 Salkeld 290.

¹²⁰⁸ Del original “*A matter which has been directly determined by the sentence of the Ecclesiastical Court cannot be gainsaid: their sentence is conclusive in such cases, and no evidence shall be admitted to prove*

De esta manera, como señalan SPENCER BOWER AND HANDLEY, lo que toma relevancia es poder identificar lo fundamental del primer fallo¹²⁰⁹, quienes citando a LORD DIXON¹²¹⁰, explican que deberá distinguirse lo esencial de lo meramente cardinal de las sentencia original, atendiendo a si un asunto o cuestión fue una de la bases o de los fundamentos jurídicos del caso, al punto de requerir un ejercicio de supresión mental hipotética, en el cual suprimiendo dicho *issue* el caso no pudiese haberse resuelto o la sentencia sería sustancialmente distinta¹²¹¹, agregando que deberá considerarse solo aquello que pase dicho examen, y que no sea un mero razonamiento de apoyo¹²¹². Se trata, entonces, de considerar, según la jurisprudencia más reciente¹²¹³, si determinados aspectos fueron o no decisivos en la conclusión de la Corte, tal como la High Court expresara en *Lilyford v La Porta*:

*“La Corte debe considerar que cuestiones o asuntos (issues) fueron alegados por las partes en el procedimiento previo, y que se puede obtener o averiguar de la sentencia en relación a las conclusiones que la Corte tuvo respecto a dichos asuntos o cuestiones”*¹²¹⁴

Por su parte, la doctrina inglesa, representada por ZUCKERMAN, sostiene que la justificación de la limitación a la necesidad de los asuntos o cuestiones pivotea sobre dos argumentos¹²¹⁵. En primer lugar, parece injusto -a su entender- dejar a las partes vedadas de revisar un asunto que no estaban obligadas a alegar en el primer proceso por no ser de gran relevancia ni poder caracterizarse como esencial para su resolución, y que, por lo tanto, en vista de su falta de importancia no defendieron de la mejor forma que hubieren podido¹²¹⁶. Luego, en segundo término, señala que existe un argumento de eficiencia tanto para las partes como para el sistema, pues si se aplicara el *issue estoppel* a asuntos de menor

the contrary: but that is to be intended only in the point directly tried; otherwise it is, if a collateral matter be collected or inferred from their sentence, as in this case” *Barrs v Jackson* (1845) 1 Phillips 582

¹²⁰⁹ HANDLEY, K. R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.24. p. 117.

¹²¹⁰ Ibid.

¹²¹¹ Ibid. Citando el caso *Re Allsop and Joy’s Contract* (1889) 61 LT 213.

¹²¹² Ibid.

¹²¹³ *Zurich Insurance Company Plc V Hayward* [2011] Ewca Civ 641.

¹²¹⁴ Del original: “*the court had to consider what issues had been raised by the parties in the earlier case and what one could glean from the judgment about the conclusions the court must have arrived at on those issue”* *Lilyford v La Porta* [2013] EWHC 434 (Ch).

¹²¹⁵ ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on civil... Op. Cit. ref. 1. p. 1249.

¹²¹⁶ Ibid.

importancia y que no revisten el carácter de esenciales, se forzaría a las partes a hacer presente, alegar y litigar todos los posibles asuntos o cuestiones directa e indirectas, esenciales o meramente satelitales, debiendo desviar su atención de aquello que realmente compone el núcleo del caso¹²¹⁷. A nuestro juicio, este argumento orbita sobre el ideario del objetivo primordial *-overriding objective-* del sistema de justicia civil inglés, atendiendo a la utilización racional y proporcionada de los recursos judiciales, evitando desviar tiempo y dinero de las partes y del sistema hacia asuntos de menor importancia dentro del juicio por el solo hecho de existir la amenaza de que no puedan discutirse en un juicio posterior donde si realmente sean esenciales.

Adicionalmente, y aunque no suele ser mencionado con frecuencia, salvo excepciones¹²¹⁸, creemos que posible señalar que el requisito en comento requiere, además de la necesidad en el primer juicio, que la cuestión de hecho o derecho que compone el *issue* tenga igual carácter en el segundo proceso, es decir se trate de un asunto esencial para la resolución del asunto en el que se pretende revisar lo ya resuelto a su respecto.

c) **Identidad de partes en ambos procesos**

Se trata de un requisito que aparece de manifiesto en todas las fuentes, como un presupuesto obvio de aplicabilidad de la cosa juzgada en general. Para ello se aplican las mismas fuentes citadas anteriormente en el apartado propio del *cause of action estoppel*, en lo referido al requisito de que en ambos procesos deben estar involucradas las mismas partes o sus *privies*, sin perjuicio de ser mencionado expresamente en fuentes relevantes como *Arnold*¹²¹⁹. No obstante, de lo evidente que parezca, han existido casos y cierta discusión doctrinal acerca de una aplicación más laxa de la regla de la identidad de las partes en el caso del *issue estoppel*. Se ha dicho, bajo el complejo concepto de *privie* que incluso quien no ha sido parte en el primer juicio podría verse afectado por la doctrina preclusiva, o por el contrario, si fue parte en el primero¹²²⁰, pero no en el segundo podría verse

¹²¹⁷ Ibid.

¹²¹⁸ Sime ha señalado que “el asunto o cuestión debe ser también esencial en la segunda demanda” del original “*The issue in the first claim is also an essential issue in the second claim*” SIME, Stuart. Op. Cit. p. 40. Adicionalmente puede entenderse de la *rationale* de LORD DIPLOCK en el ya citado caso *Thoday v Thoday* [1964] 1 All ER 341.

¹²¹⁹ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafo 105.

¹²²⁰ ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil Op. Cit.* p. 1250, citando el caso de *House of Spring Gardens v. Waite* [1990] 3 W.L.R. 347 (C.A.)

afectado -en el evento de reverse los hechos en virtud de alguna de las excepciones que lo permiten- en el supuesto de haber tenido un interés directo en el resultado del juicio y sabiendo de su existencia y relevancia para sus intereses ha decidido no participar.

2.1.1.3.2 Excepciones a la aplicación del *issue estoppel*

Tal como ocurre en el caso del *estoppel* a la causa de la acción, existen ciertos principios que impiden o, mejor dicho, se prefieren ante la aplicación del *issue estoppel*. En general, la doctrina en comento tiende a ser vista como una hebra más débil que *el cause of action estoppel*¹²²¹, y por lo tanto se ha otorgado cierto grado mayor de laxitud a las excepciones a su aplicación, ya que si bien el *issue estoppel* es útil debe ser aplicado siempre con precaución¹²²². Para ello debe tenerse presente que ambas son construcciones jurisprudenciales, que si bien están asentadas hace siglos en el derecho anglosajón, no se aplican de la forma en que en un ordenamiento continental se aplican las reglas equivalentes reconocidas por estatutos legales, por lo que, nuevamente, el caso concreto, el valor del precedente y el análisis que determine la Corte tomará un rol clave en la posibilidad de permitir la revisión de alguna cuestión de hecho o de derecho que ya hubiere sido resuelta.

Para agrupar los posibles casos de excepción se acuñó, en *Arnold*, la expresión circunstancias especiales, bajo las cuales no obstante cumplirse los requisitos del *estoppel* éste no se aplicará¹²²³. Para ello, el propio caso antes referido elaboró un test que consagra que podrá revisar una cuestión de hecho o de derecho resuelta previamente en una sentencia cuando “*la injusticia de no permitir que el asunto sea relitigado sobrepasa o pesa más que la dificultad para el oponente que se vería beneficiado por las cuestiones ya discutidas y al interés público en finalidad de las decisiones judiciales*”¹²²⁴. Como queda de manifiesto del pasaje transcrito, se trata de una solución que permite la discrecionalidad de la Corte al momento de ponderar los intereses de las partes para tomar

¹²²¹ Donde se ha dicho repetidamente que la prohibición de relitigación es absoluta. Véase HANDLEY, K. R Spencer Bower. Op. Cit. 8.16. p. 120. En la jurisprudencia véase *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafos 106-107 y 109.

¹²²² ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 478. En el mismo sentido Lord Hoffman señaló en el caso *Carter* que “*la severidad de esta regla debe ser temperada con discrecionalidad para permitir que un asunto (issue) puede volver a revisarse si existen circunstancias especiales en las que no hacerlo causare injusticia*”

¹²²³ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) *Watt (formerly Carter) v Ahsan* | [2008] AC 696. Párrafo 30.

¹²²⁴ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.). Párrafo 103.

la decisión sobre si debe o no aplicarse la cosa juzgada a los asuntos o cuestiones rediscutidos¹²²⁵. Sin embargo, aunque se trata de una solución que da espacio de maniobra a los jueces, las circunstancias especiales suelen referirse a dos eventos que permiten tal flexibilidad¹²²⁶:

- a) El primer supuesto se concede cuando desde la primera decisión hasta el momento del segundo proceso ha sido descubierta prueba nueva, probándose por quien quiere evitar el *estoppel*, que no habría sido posible disponer de ella al momento del primer juicio con razonable diligencia. Esta nueva evidencia, además requiere ser capaz de demostrar de forma clara y confiable que las conclusiones originales no eran correctas¹²²⁷.
- b) La segunda posibilidad de excepción surge de un cambio sustantivo el derecho aplicable al caso, con posterioridad al primer fallo¹²²⁸. Dicho cambio, como señala ANDREWS debe ser retrospectivo¹²²⁹, y de acuerdo con lo establecido en *Arnold*, debe ser un cambio de tal entidad que haga parecer los resultados del primer proceso respecto a dichos asuntos o cuestiones “evidentemente equivocados”¹²³⁰. Ahora bien, la referencia a un cambio sustantivo en el derecho aplicable no se refiere a un cambio en estatuto legal o regulación general aplicable, sino que más bien a una interpretación del derecho hecha al respecto por los propios tribunales¹²³¹, es decir, un cambio o revocación de un precedente que deja en evidencia una incorrecta interpretación del derecho en la primera oportunidad en la que se revisaron dichos asuntos o cuestiones.

Aunque estas son las únicas circunstancias especiales reconocidas por la jurisprudencia para denegar la aplicación del *issue estoppel*, la doctrina, representada en este caso por ZUCKERMAN, ha señalado que podría existir un tercer motivo de excepcionalidad. Se

¹²²⁵ *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Company* [2011] EWHC 1461 (Comm). Párrafo 59.

¹²²⁶ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1249

¹²²⁷ *McIlkenny V. Chief Constable of The West Midlands* [1980] QB 283. En donde LORD DENNING señaló: “La parte concernida puede evitar el efecto de la decisión previa si puede mostrar que un nuevo hecho ha salido a la luz (que no pudo razonablemente haber sido conocido antes) que cambia completamente el aspecto del caso”. Del Original “The party concerned can avoid the effect of the previous decision if he can show that a new fact has come to light (which he could not have ascertained before by reasonable diligence) which entirely changes the aspect of the case”. Este criterio también puede encontrarse en el caso *Phosphate Sewage Co Ltd V Molleson* (1879) 4 App Cas 801

¹²²⁸ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1249

¹²²⁹ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 478.

¹²³⁰ “Plainly Wrong” Véase: *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafo 112.

¹²³¹ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1249

trataría del supuesto en que el segundo caso que involucra cierta cuestión o asunto ya resuelto sea de una cuantía o importancia mucho mayor que el primero¹²³². Sería, entonces injusto mantener atado a dicho litigante a conclusiones sobre un asunto que no defendió con particular interés pues la valía de lo disputado no lo hacían valer la pena en, pero que, dado el significativo mayor valor del segundo juicio, ahora sería importante litigar¹²³³. Agrega que esta tercera excepción encontraría su fundamento en el objetivo preponderante del sistema de justicia civil inglés, ya que perjudicaría al litigante que distribuyó proporcionadamente sus recursos, tiempo e interés -así como el de la Corte- en función de la relevancia que le daba a determinada cuestión dentro del caso¹²³⁴.

A nuestro juicio la alusión del profesor ZUCKERMAN puede tener sustento en la regla primera del CPR inglés, pero debe hacerse el matiz de diferencia referido al criterio o requisito esbozado *supra* respecto a la necesidad del *issue* en disputa. Es decir, el asunto o cuestión que pretendo rever en el segundo proceso debe haber sido necesario o esencial para el primer fallo, y debe haber sido la parte quien debe haber tomado la posición de no disputarlo con especial interés en virtud de los recursos disponibles. De lo contrario, es decir que verse sobre un *issue* secundario, no se trataría de una excepción a la aplicación de esta doctrina preclusiva, sino derechamente la imposibilidad de aplicarla por no cumplir el mencionado requisito de esencialidad en ambos procesos que debe verificarse respecto del asunto o cuestión.

2.1.1.3.3 *Issue estoppel* y algunas figuras procesales especiales, rebeldía y allanamiento

Una cuestión del todo relevante, y que marca una notoria diferencia entre ambas doctrinas de la cosa juzgada británica, es la aplicación -o no- del *issue estoppel* a ciertos procedimientos o soluciones procesales previstas en el CPR inglés, como son los juicios en rebeldía del demandado¹²³⁵, y los juicios en que el demandado acepta la pretensión del demandante, al menos parcialmente, o se llega a un acuerdo intraprocesal que queda incorporado en la sentencia¹²³⁶.

¹²³² Ibid.

¹²³³ Ibid. p. 1250.

¹²³⁴ Ibid.

¹²³⁵ DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. p. 83.

¹²³⁶ Ibid. p. 85. Para dar claridad a la explicación, usaremos la misma terminología, allanamiento, utilizada en la fuente citada, sin perjuicio de las diferencias con la institución en los términos comprendidos habitualmente en el derecho español.

El primer caso, la rebeldía, se relaciona con una figura distintiva del proceso civil inglés, los denominados juicios por defecto *-default judgments-* en los que¹²³⁷, estando debidamente notificado de la acción del demandante, el demandado no comparece ni cumple ninguna actuación procesal respecto de dicha demanda¹²³⁸. En términos de la LEC española, o el CPC chileno se trata del demandado rebelde que, estando correctamente emplazado, no comparece a defender sus derechos al proceso. Sin embargo, la estructura adversarial del proceso civil inglés comprende a la rebeldía injustificada del demandado con un enfoque pragmático, permitiendo no solo que el procedimiento siga adelante, sino que se dicte una sentencia definitiva¹²³⁹.

Dicha sentencia, a diferencia de lo que se podría creer, no versará sobre el mérito ni se pronunciará sobre la veracidad de los hechos ni la correcta invocación del derecho del demandante, sino que simplemente fallará acogiendo la pretensión del demandante, dando lugar al remedio demandado sin más trámite ni pronunciamiento alguno sobre el fondo. La justificación de esta opción se encuentra en la tradición adversarial del *common law*, en la que el juez debe decidir el pleito entre dos litigantes que disputan total o parcialmente algún punto de hecho o de derecho, y que, si solo existe en el proceso uno de dichos litigantes, habiendo sido debidamente citado el otro, no existe motivo para evitar que el demandante obtenga la declaración que busca. Sin perjuicio de que esta es la regla general, corresponde señalar que existen diversos tipos de acciones que no permiten este tipo de sentencias por defecto, y que, por otro lado, estos fallos pueden ser dejados de lado si el demandado aparece y justifica la imposibilidad de su comparecencia¹²⁴⁰.

Pues bien, a este respecto la doctrina del *issue estoppel* no queda comprendida dentro de los efectos de dichos *default judgments*, a diferencia del *cause of action* que, si produce todas sus consecuencias, toda vez que aunque existe una sentencia, no existe un pronunciamiento de mérito sobre el fondo. Es decir, con el juicio por defecto, la Corte acoge la solicitud del demandante, pero no revisa ninguna cuestión de hecho o de derecho

¹²³⁷ CPR r. 12

¹²³⁸ Como señalan Muñoz y de Prada, la aplicación de esta figura supone la falta de contestación de la demanda del demandado o “acknowledgment of service”. DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. . Op. Cit. p. 83. Véase también McCLOUD, Victoria. Civil Procedure Handbook. 8th ed. Oxford University Press. Oxford. 2011. p. 139.

¹²³⁹ CPR r. 12

¹²⁴⁰ *Strachan v. The Gleaner Company Ltd & Anor* (Jamaica) [2005] UKPC 33. Párrafo 16.

contenida en ella, por lo que no existe una decisión respecto a ningún *issue*. Como lo clarificara la autoridad en el caso *Kok Hoong v Leong Cheong Kweng Mines Ltd*:

“Los juicios por defecto, aunque capaces de dar origen a *estoppels*, deben ser siempre examinados con extrema particularidad para el propósito verificar la esencia misma de aquello que necesariamente debieron haber decidido, debiendo impedir la revisión solo respecto de aquello que fue determinado como necesario y con completa precisión”¹²⁴¹.

Del texto transcrito se ha concluido que para que surja una barrera para la relitigación de alguna cuestión de hecho o derecho ésta debe haber sido, necesariamente, litigada primero, lo que no ocurre en los juicios por defecto¹²⁴².

La segunda salida procesal del sistema inglés que vale la pena analizar, es el caso de los denominados *conscent judgments/orders* o juicios consentidos (a la que nos hemos referido anteriormente como allanamiento del demandado)¹²⁴³. La figura del juicio consentido supone que las partes logran llegar a un acuerdo total o parcial respecto al resultado del juicio antes de que el tribunal dicta sentencia y decida la contienda¹²⁴⁴. En estos casos, las partes, dada la naturaleza adversarial del procedimiento inglés, son completamente libres de pactar los términos de su acuerdo, el que luego la Corte incorporara a su resolución¹²⁴⁵.

En lo relativo al *issue estoppel* este tipo de sentencia plantea cierta dificultad. Aquí, a diferencia del juicio por defecto sí se han tratado los fundamentos de las alegaciones de hechos y de derecho de las partes, sin perjuicio de que finalmente ellas hayan acordado los términos del fin del pleito. Según enseña Zuckerman, “el juicio consentido podrá dar origen a *issue estoppel* sólo respecto de aquellas cuestiones de hecho o de derecho específicas que provengan de las alegaciones de las partes que puedan inferirse del fallo”¹²⁴⁶. Es decir, que podrá producirlo, en abstracto, en tanto queden expresadas o puedan deducirse estas cuestiones de hecho y derecho, lo que, en caso alguno, será una

¹²⁴¹ Del original “*Default judgments, though capable of giving rise to estoppels, must always be scrutinised with extreme particularity for the purpose of ascertaining the bare essence of what they must necessarily have decided, and they could estop only for what must "necessarily and with complete precision" have been thereby determined*” *Kok Hoong v Leong Cheong Kweng Mines Ltd* [1964] 2 W.L.R. 150

¹²⁴² ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1250.

¹²⁴³ Regulado en la r. 14 del CPR.

¹²⁴⁴ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1080.

¹²⁴⁵ Dicho documento debe iniciarse con la frase por “Por consentimiento (de las partes)” –“By consent” de acuerdo al CPR 40.6 (7). En realidad, más que una resolución en si misma es un acto procesal del tribunal, en que reconoce el acuerdo, para poner fin al procedimiento.

¹²⁴⁶ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1252.

tarea sencilla acometer, dado que estas determinaciones pueden ser sumamente ambiguas, por lo que la jurisprudencia ha intentado iluminar el problema dando algunas pautas, tales como que en el caso de que la orden o el fallo consentido contengan asuntos de hecho o derecho admitidos por las partes, o que consten explícitamente en él darán lugar a la imposibilidad de revisarlos en un procedimiento subsecuente¹²⁴⁷. Del mismo modo, cuando una parte en el acuerdo establece que no levantará ciertas acciones o determinadas cuestiones en procedimientos en el futuro también quedará impedida por el *estoppel*¹²⁴⁸.

De todos modos, Zuckerman sugiere una aproximación cautelosa a la aplicación del *issue estoppel* a este tipo de fallos, pues, a su juicio, fijar la imposibilidad perpetua de revisión de ciertas cuestiones que sean declaradas por las partes en la resolución “puede significar un desincentivo a los arreglos directos entre partes, pues éstas podrían sentirse constreñidas en otros contextos” con la interpretación dada en ese momento¹²⁴⁹. Es por ello por lo que recomienda que, en ausencia de declaraciones o admisiones expresas o claras se esté por no intentar deducir asuntos o cuestiones que puedan llevar a la aplicación del *issue estoppel*, ya que, si el juicio por consentimiento se limita a declarar que el procedimiento se termina en virtud del pago de una suma de dinero de una parte a otra, no debería tratarse distinto que a un juicio por defecto¹²⁵⁰.

2.1.2. MERGER O FUSIÓN DE LA CAUSA DE LA ACCIÓN EN EL FALLO, TRANSIT EN REM JUDICATAM

La segunda gran hebra de la res judicata en el derecho del *common law* es la denominada doctrina *merger*. Así como la cosa juzgada funciona como un *estoppel* asociado a la máxima latina *res judicata*, la doctrina *merger*, asociada a la imposibilidad de re-litigación por parte de quien ha visto estimada su pretensión se funda en la máxima *transit in rem judicata*. Hasta ahora se ha intentado explicar la configuración de la cosa juzgada en el derecho inglés intentando dar una construcción coherente al tenor de la dispersión normativa y de fuentes existentes, intentando aunar y sistematizar los principios que componen lo que se entiende por *res judicata*.

¹²⁴⁷ *Khan v Goleccha International Ltd.* [1980] 1 W.L.R. 1482: “that an issue is settled and founds an issue estoppel in later proceedings whether embodied in the court's judgment, or contained in an admission to the court, or implied in a consent order. P's concession founded an issue estoppel”

¹²⁴⁸ *Kinch Appellant; v Walcott and others Respondents* [1929] A.C. 482

¹²⁴⁹ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1252.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

Señalado lo anterior, corresponde desarrollar lo que la doctrina británica, y el *common law* en general, ha desarrollado como una distinción de la *res judicata* que distingue entre los efectos o consecuencias del contenido del primer fallo. Para la doctrina y jurisprudencia inglesa debe distinguirse el resultado favorable o desfavorable -entendido como estimatorio o desestimatorio- para el demandante en el juicio original, para poder construir los supuestos de la cosa juzgada en dos posibles vertientes o hebras, la doctrina del *estoppel* de cosa juzgada y la doctrina del *merger*, también conocida como *former recovery*¹²⁵¹.

De esta manera, el enfoque ha sido situado sobre lo que, tal como se mencionara más arriba, configura la cosa juzgada entendida como *bar*, es decir, como una inhibición a la que están sujetas las partes que busquen rediscutir antiguas disputas sobre las que haya recaído una sentencia final y que, en caso de intentarse, permite una defensa procesal que impide se siga adelante con el segundo proceso, a saber, un *estoppel*. Asimismo, se ha expresado que este *estoppel* supone una posibilidad de defensa del demandado que en el primer proceso ha obtenido una sentencia favorable, derivada de la desestimación total de la pretensión del demandante. Ahora, corresponde examinar *merger*, segunda rama de la *res judicata* derivada de una sentencia favorable al demandante en el primer juicio que intenta repetir la litigación para mejorar el resultado de ese primer juicio.

2.1.2.1 FUNDAMENTO TEÓRICO Y CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

Preliminarmente, debe aclararse que no existe una idea unívoca ni uniforme en cuanto al alcance y diferencia entre ambas ideas (*estoppel* y *merger*)¹²⁵², pero sí se ha acordado que ambas pertenecen al principio de cosa juzgada¹²⁵³, aunque algunos difieren en sus supuestos. Incluso, en otras jurisdicciones del *common law* se asocia la doctrina del *merger* a una manifestación de la *cause of action estoppel*¹²⁵⁴, con lo que se reafirma, aún más, su carácter perteneciente a la *res judicata*, es decir, se considera como parte del ejercicio de construir la cosa juzgada negativa o excluyente¹²⁵⁵. Para fines de esta

¹²⁵¹ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 27.07. p. 2.

¹²⁵² Así, durante muchos años la jurisprudencia no fue completamente clara en la diferenciación de ambas doctrinas. Véase. *Carl Zeiss Stiftung Appellants v Rayner & Keeler Ltd. and Others Respondents* [1967] 1 A.C. 853

¹²⁵³ Véase, por ejemplo, la opinión de Andrews en ese sentido. ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 464. MALEK, Hodge. Op. Cit. p. 1549.

¹²⁵⁴ SHAPIRO, David. Op. Cit. p. 10.

¹²⁵⁵ En Canadá. WATSON, Garry. Op. Cit. p. 626. “Si la *cause of action* se determina como existente, se dice que se fusiona en la sentencia”. Del original “*If the cause of action was determined to exist, it is said to be merged in the judgment*”. En Estados Unidos véase VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso

investigación, se trata de una rama de la *res judicata* que ha sido erigida bajo la idea de la *cause of action*, concepto central en los mecanismos de preclusión del *common law*¹²⁵⁶. Esta idea, de continencia de ambas herramientas preclusivas dentro del concepto de cosa juzgada ha sido meridianamente establecido por LORD DIPLOCK en el célebre caso *Thoday*, al expresar que la *res judicata* compete, efectivamente un ejercicio de dos caras o dos funciones (*twofold operation*), donde expreso:

*“Este es el término genérico que en el derecho moderno incluye dos tipos o especies (de preclusión). La primera especie, a la cual llamamos “cause of action estoppel”, es aquella que previene a la parte de intentar contra la otra la pretensión de aseverar la existencia o no de una cause of action particular, dicha existencia -o inexistencia de la pretensión- si ha sido determinada por un tribunal con la debida jurisdicción y competencia en una litigación previa entre las mismas partes. Si la cause of action ha sido establecida como efectiva, y entonces el fallo se ha basado en ella y su existencia, se dice que entonces se ha fundido con la sentencia, o para aquellos que prefieren el término el latín “transit in rem judicatam”. Pero, por otro lado, si se ha establecido que la cause of action no es efectiva, el demandante derrotado no puede volver a sostener que dicha pretensión existe o es efectiva, pues está inhibido por res judicatam”*¹²⁵⁷.

Mientras que, en data reciente, el caso más citado relativo a la *res judicata*, *Arnold*, ha confirmado la misma idea en las palabras de Lord Keith:

*“El término cosa juzgada significa dos doctrinas asociadas. La primera, el estoppel per rem judicatam: bajo el cual las partes de un juicio con una decisión original están impedidas de volver a discutir el mérito y el sí está ésta o no correcta tanto en el hecho como en el derecho. Es un estoppel pues previene que la parte vencida contradiga la posición jurídica o fáctica que sea ha resuelto expresamente en la sentencia en un nuevo proceso. La segunda, merger, es la fusión o incorporación de la cause of action en la sentencia, o transit in rem judicatam: esta doctrina previene que el litigante victorioso busque nuevamente una reparación en un segundo proceso, basado en la misma causa en la que se dictó el primer fallo”*¹²⁵⁸.

civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley n° 25.675. Revista de Processo, N°167. 2009. p. 2; y VESTAL, Allan. Res Judicata/Claim Preclusion: Judgment for the Claimant, Northwestern University Law Review. Vol. 62. 1967-1968. p. 358.

¹²⁵⁶ En este sentido merece la pena la mención a Taruffo, quien en la década de los setenta escribía sobre comparación de cosas juzgadas entre el sistema italiano y el anglosajón y comprendía, de forma prístina la diferencia entre el efecto del vencedor, *merger*, y el efecto sobre el vencido, *bar*, comprendiendo que ambos formaban parte de la *res judicata* en su hebra de *cause of action*. TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, I parte. Rivista Di Diritto Processuale. XXVI. 1971. p. 653.

¹²⁵⁷ Del original de LORD DIPLOCK pronunciado sentencia *“This is a generic term which in modern law includes two species. The first species, which I will call “cause of action estoppel,” is that which prevents a party to an action from asserting or denying, as against the other party, the existence of a particular cause of action, the non-existence or existence of which has been determined by a court of competent jurisdiction in previous litigation between the same parties. If the cause of action was determined to exist, i.e., judgment was given upon it, it is said to be merged in the judgment, or, for those who prefer Latin, transit in rem judicatam. If it was determined not to exist, the unsuccessful plaintiff can no longer assert that it does; he is estopped per rem judicatam”* *Thoday v. Thoday* [1964] P 181 CA. Párrafo 197. La sentencia más antigua en ese sentido puede rastrearse hasta *Outram v Morewood Clerk, and Ellen, his Wife* (1803) 3 East 346 102 E.R. 630, en la que se expresa la diferencia entre ambas ideas de *estoppel* y *merger*, aunque sin la claridad conceptual antedicha.

¹²⁵⁸ Del original por LORD KEITH OF KINKEL en *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafo 96 *“The term ‘res judicata’ signifies two associated but different doctrines. The first is*

De la doctrina jurisprudencial citada es posible señalar, en términos sencillos, que podría definirse *doctrine of merger* como un mecanismo de defensa entregado al litigante vencido ante la ambición de un vencedor que intenta repetir o incrementar los beneficios obtenidos en el primer litigio, por no haber quedado enteramente satisfecho con el resultado de lo resuelto en la sentencia¹²⁵⁹. Como ha señalado ZARZALEJOS, el litigante victorioso que “reitera la cuestión litigiosa en un procedimiento posterior para intentar obtener un resarcimiento adicional al concedido en el primer procedimiento”¹²⁶⁰.

A la doctrina del *merger*, la que definiremos como “fusión” o “fundición”, se le ha dado dicho nombre pues la literatura del *common law* ha entendido que una pretensión que es estimada positivamente por el tribunal, en atención a que se sentencia que los motivos invocados por el demandante para justificar su pretensión eran realmente efectivos, se resuelve conforme a ella y, considerándola como real, desaparece por fundirse en la sentencia. Es decir, la *cause of action*, el antecedente sobre el cual obra la pretensión del demandante, al ser acogida, deja de tener una existencia como una entidad en sí misma¹²⁶¹, casi como en una actuación propia de la metafísica, transmuta o desaparece¹²⁶², se incorpora a la sentencia, desapareciendo como tal.

Luego, la fuerza vinculante del contenido del fallo es lo que obliga al demandado a cumplir lo resuelto, mas no la existencia de un antecedente fáctico-jurídico que le daría derecho a demandar al actor, la causa, pues, ha dejado de existir quedando irrevocablemente fundida -y disuelta en el fallo, pues pierde toda fisonomía autónoma- en el contenido de la sentencia que la acoge. Como se señalara por BLACK “*merger es la extinción de un derecho o remedio de menor valor tras su transformación u absorción en un uno de mayor dignidad y valor, la sentencia*”¹²⁶³. En consecuencia, la fuerza

estoppel per rem judicatam: under this doctrine parties to a judicial decision are estopped from disputing the correctness of the decision in law and fact. It is an estoppel so called because it prevents an unsuccessful party from contradicting a proposition of law or a finding of fact expressly declared by the earlier judgment. The second is merger of the cause of action in the judgment, or transit in rem judicatam: this doctrine prevents a successful plaintiff from reasserting in a second proceeding the cause of action which had been made the subject of a judgment in the first”

¹²⁵⁹ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 27.07. p. 267. Un estudio acabo de esta doctrina puede encontrarse en párrafo 23. BLACK, Henry Campbell. A treatise on the law of judgments: including the doctrine of res judicata. Vol II. West Publishing Company, St. Paul. Minessota. 1902. p. 811.

¹²⁶⁰ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Óp. Cit. p. 497

¹²⁶¹ *Blair v Curran* [1939] HCA 23; 62 CLR 464. Este caso de la High Court de Australia sostiene en los mismos términos que la Corte de Apelaciones de Inglaterra, que la “cause of action deja de tener una existencia independiente”.

¹²⁶² MALEK, Hodge. Op. Cit. p. 1549. BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 21.

¹²⁶³ BLACK, Henry Campbell. Op. Cit. p. 811.

vinculante de la sentencia subsume o absorbe la pretensión del demandante, quien pierde la posibilidad de relitigación, ya que no hay mayor certeza ni efecto más conclusivo para las partes, ni para el sistema en general, que la que entrega el fallo que contiene la pretensión originalmente demandada¹²⁶⁴. De esa manera, el demandante victorioso extingue su derecho o acción que nacía de la *cause of action* derivada del remedio que ha hecho valer¹²⁶⁵. Como señalara LORD CROKE en 1604, la causa de acción deja de ser exigible ante los tribunales, siendo entonces sacrificable (*expendable*) al ser usada para obtener el remedio buscado¹²⁶⁶. En términos de SIME, la sentencia favorable tiene la autoridad de ser ejecutada, pero solo esa sentencia y lo en ella contenido, nada más¹²⁶⁷.

Para comprender esta construcción teórica, la idea de *merger* debe relacionarse necesariamente con la idea de remedios asociados a las *cause of action*. En el derecho del *common law* las pretensiones civiles suelen fundarse sobre la máxima latina *ubi jus ibi remedium*, “donde hay un derecho, hay un remedio”, que significa que ante una determinada situación que afecte el derecho de un justiciable se concede un remedio que ponga fin a dicha perturbación, resarcando al titular de dicho interés por la afectación causada. En tal sentido en 1703 en el caso *Ashby* LORD HOLT señalaba:

*“sí un demandante tiene un derecho, le urge la necesidad de tener los medios para reivindicarlo, y el remedio le asiste para el caso en que sea injuriado en su ejercicio o goce, sería vano imaginar un derecho sin un remedio, de forma que derecho y remedio se entienden en forma recíproca”*¹²⁶⁸

Para la obtención de dicho remedio debe existir la posibilidad de su vindicación ante un órgano jurisdiccional, que entregue como derecho constitucional la tutela requerida y permita desagaviar al titular del derecho vulnerado¹²⁶⁹.

¹²⁶⁴ Ibid.

¹²⁶⁵ *Broome v Wooton* (1605) Yelverton 67 80 E.R. 47

¹²⁶⁶ VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 37.

¹²⁶⁷ SIME, Stuart. Op. Cit. p. 37.

¹²⁶⁸ *Ashby v White* (1703) 2 Ld Raym 938. Párrafo 953. Del original “*If the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it; and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; for want of right and want of remedy are reciprocal*”. El mismo criterio ha sido recientemente confirmado por Lady Hale en la Corte Suprema del Reino Unido al expresar “*The underlying principle is ubi ius, ibi remedium: where there is a right, there should be a remedy to fit the right*” *Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs (Respondent) v Meier and another (FC) (Appellant) and others and another (FC) (Appellant) and another* [2009] UKSC 11. Párrafo 25.

¹²⁶⁹ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 141. Lord Diplock párrafo 977.

2.1.2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN Y REQUISITOS DE LA DOCTRINA MERGER

Nuestra idea de que se trata de una manifestación de los principios de la cosa juzgada se fundamenta en que ambas doctrinas apuntan a fines equivalentes, y pretenden obtener los mismos resultados de consistencia en el ordenamiento jurídico a través de la evitación de nuevos juicios. De la misma manera, aunque el enfoque respecto de cada parte sea distinto, la literatura tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos y otras legislaciones del derecho anglosajón, coinciden en que deben verificarse los mismos requisitos de procedencia de la *cause of action estoppel*¹²⁷⁰, es decir, se comprende que se deben cumplir los mismos presupuestos vistos *supra*¹²⁷¹, atendiendo a que sea la misma la sentencia debe haber sido dictada por un tribunal competente, sobre el fondo y de forma y final pronunciándose sobre la misma causa de acción, entre las mismas partes o sus *privies*.

Sin embargo, la distinción más clara entre *estoppel* y *merger* se hace en el derecho inglés, y señala que la idea de que el *merger* tiene por objeto no solo evitar la inconsistencia de sentencias, sino derechamente impedir que el litigante busque un mejoramiento de los resultados obtenidos mediante un segundo proceso, por ejemplo, demandado otros daños que surjan de los mismos hechos o de la misma causa¹²⁷². Como lo han definido SPENCER Y BOWER, la cosa juzgada como *estoppel* o *bar* busca simplemente impedir la contradicción; la cosa juzgada como *merger* pretende evitar, además, la reiteración de beneficios¹²⁷³, sosteniendo que el demandante que ha tenido la oportunidad de litigar su causa en la Corte se vea obligado a tolerar su resultado¹²⁷⁴.

¹²⁷⁰ BLACK, Henry Campbell. Op. Cit. pp. 680-690. En el mismo sentido HANDLEY, K. R. Spencer Bower. Op. Cit. 27.07. p. 269.

¹²⁷¹ Ver *supra* 3.2.1.1

¹²⁷² *Outram v Morewood Clerk, and Ellen, his Wife* (1803) 3 East 346 102 E.R. 630, en el que Lord Ellenborough esgrimió “Y no es la reparación en sí misma, sino la cuestión por la que se alega la que crea la prohibición. La indemnización en sí misma por la invasión (de la propiedad) crea una imposibilidad para volver a demandar otros daños en el futuro basados en la misma lesión.” Del original “And it is not the recovery, but the matter alleged by the party, and upon which the recovery proceeds, which creates the estoppel. The recovery of itself in an action of trespass is only a bar to the future recovery of damages for the same injury.” (Párrafo 355 de la sentencia)

¹²⁷³ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 27.07. p. 267. En el mismo sentido BARNETT, Peter. Op. Cit. p. 9.

¹²⁷⁴ MAYNARD E. Pirsig, *Merger by Judgment*. Minnesota Law Review. Vol. 28. 1944. p. 419. Se utiliza la célebre expresión “*had his day in court*” entendida como “tuvo su día en el tribunal”, relacionada con el derecho de los justiciables a comparecer a la defensa de sus derechos ante la jurisdicción.

Un buen ejemplo sería el demandante que habiendo obtenido una sentencia favorable por daño emergente busque en un segundo proceso la concesión de lucro cesante causado por el mismo hecho dañoso. En el caso de la doctrina del *merger* o *formal recovery* no podrá hacerlo pues ya no tendrá pretensión alguna, pues todas las acciones derivadas de dichos hechos -en los que se origina la responsabilidad civil- cesaron en su existencia al dictarse el primer fallo. Asimismo, la jurisprudencia inglesa ha señalado que el *former recovery* cubre incluso remedios que son alternativos, y respecto de los cuales existe la posibilidad de elección por parte del demandante¹²⁷⁵, por lo que la sentencia favorable respecto de una de las alternativas fundirá la causa completa, que comprende ambas opciones, en el fallo, impidiendo que se vuelva a demandar.

En cuanto que se entiende contenido en esta doctrina, y por consiguiente que se desaparecerá tras fusionarse con la sentencia, se ha dicho que contiene todos los posibles remedios derivados de una misma *cause of action*, es decir, al igual que la *cause of action estoppel*, supone una prohibición de reiterar juicios habiéndose reservado pretensiones que emanan de los mismos causa¹²⁷⁶. Asimismo, comprende haber hecho valer el contenido completo de cada remedio, a saber, haber solicitado en el primer proceso todo lo que posible solicitar en virtud de una misma pretensión, todas las formas de reparación, todo el monto de los daños y todo el daño subsumible en una misma categoría. Un ejemplo de esto se encuentra en el caso *Brunsdon v. Humphrey* donde un conductor de taxi demandó en un primer momento los daños materiales del vehículo (daño emergente), y luego en un segundo proceso intentó demandar el daño emergente sufrido en su persona. Habiendo obtenido una reparación concedida en la sentencia del primer proceso, se aceptó la defensa del demandado fundada en la doctrina *merger*¹²⁷⁷.

¹²⁷⁵ *United Australia, Limited Appellants; v Barclays Bank, Limited Respondents* [1941] A.C. 1. LORD ATKIN: “Por consiguiente, el demandante estaba restringido a uno de los dos remedios, y creo que aquí ha operado la doctrina de la renuncia a la responsabilidad extracontractual. Habiendo sido indemnizado en sede contractual está claro que el demandante no puede ahora ser indemnizado en sede aquiliana. *Transit in rem judicatam*. La doctrina ha dicho que tiene alternativas basadas en su poder de elección, elección entre dos remedios al momento procesal de la presentación y discusión del caso” Del original: “Hence he was restricted to one of the two remedies: and herein as I think arose the doctrine of “waiver of the tort.” Having recovered in contract it is plain that the plaintiff cannot go on to recover in tort. *Transit in rem judicatam*. The doctrine has thus alternatively been said to be based on election: i.e., election between two remedies and the stage at which this election takes place was the subject of discussion in the argument in the present case” Párrafo 28.

¹²⁷⁶ Véase *supra* 3.2.1.1

¹²⁷⁷ *Brunsdon v. Humphrey* (1884-85) LR 14 QBD 141. En el mismo sentido *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153 Párrafo 64 donde se sostiene que tras un golpe dado ala cabeza de una mujer, los daños físicos sufridos y el daño material derivado de la pérdida de sus aretes no pueden entenderse como cuestiones separadas, sujetas ambas al efecto de *merger*.

Como consecuencia de lo anterior, bajo la doctrina *merger* existe la carga de demandar en un mismo momento todos los daños, incluyendo los daños futuros sobre los que al momento actual no se tenga certeza, se debe incluir en la misma pretensión todo perjuicio, incluido el valor que tenga el riesgo de dicho daño en el futuro¹²⁷⁸. Como ha señalado la *House of Lords*, en materias de responsabilidad, los daños deben evaluarse una vez y para siempre, debiendo la Corte hacer el mejor esfuerzo al momento de cumplir su labor en estimar los eventos posibles futuros a tal respecto¹²⁷⁹.

2.1.2.3 EXCEPCIONES Y TENDENCIAS RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL MERGER O FORMER RECOVERY

Respecto de las excepciones a la aplicación del efecto preclusivo del *merger* en el derecho inglés, corresponderá hacer una importante distinción conceptual. Por un lado, está el *merger* en sí mismo, el efecto de fundición de la pretensión y su causa en la sentencia, y, por otro la invocación del *merger* en tanto excepción o defensa del demandado en el segundo proceso. Es decir, distinguir el efecto preclusivo que extingue un derecho al reconocerlo en la sentencia versus la invocación de dicho efecto en calidad de defensa procesal por el sujeto vencido en un segundo proceso¹²⁸⁰. Esta distinción, en apariencia metafísica, es relevante en el sentido de que el *merger* en sí mismo no tiene excepciones posibles, por su propia naturaleza, siempre que se reconozca un derecho en una sentencia estimatoria la pretensión se extinguirá indefectiblemente, no se concibe una excepción ya que se entiende es el efecto inherente de haber reconocido el derecho expectativo, que se reemplaza por un cierto en el fallo¹²⁸¹.

Ahora bien, lo que sí admite excepciones es la defensa de la doctrina *merger* en su ejercicio por el demandado. En primer lugar, la excepción vendrá dada por su renunciabilidad, atendida que, tal como todas las ideas bajo el manto de la *res judicata*, no procede *ex officio* y debe ser alegada por el demandado, pudiendo renunciar a hacerlo¹²⁸². Pero, por otro lado, y mucho más relevante jurídicamente hablando, es que ejercida la excepción procesal o defensa del *merger* el tribunal no la acoja, pudiendo para ello invocar solo dos motivos taxativos, los mismos que en la doctrina del *cause of action*

¹²⁷⁸ *Grieves v FT Everard & Sons Ltd* [2007] UKHL39.

¹²⁷⁹ *Curwen v James* [1963] 1 W.L.R. 748 Lord Pearce Párrafo 755.

¹²⁸⁰ *Fraser v HLMAD Ltd* [2006] EWCA Civ 738.

¹²⁸¹ En ese caso la única posibilidad sería que la sentencia o el proceso completo se anularan por alguno de los excepcionalísimos motivos que ley permite, pero, en realidad no se trataría en estricto rigor de una excepción al *merger*, sino que una consecuencia de la desaparición del proceso completo.

¹²⁸² *Trade Indemnity Co Ltd v Workington Harbour and Dock Board (No 2)* [1938] 2 All ER 101.

*estoppel*¹²⁸³, fraude o colusión, aplicándose los mismos requisitos y estándares restrictivos por parte de los tribunales¹²⁸⁴.

En cuanto al requisito de contar con identidad de partes entre ambos procesos, existe una parte de la doctrina y la jurisprudencia, aun minoritaria, que estima que no sería necesaria en función de la idea misma de *merger*. Lo anterior, dado que, tal como se mencionara en el párrafo anterior, en la fusión del remedio buscado por el demandante se funde en la sentencia al ser estimado, independiente de que el monto que se otorgue no sea el total, con ello la causa de la acción, el origen de la pretensión ha cesado en su existencia, por fundirse en la sentencia y perder entidad jurídica propia¹²⁸⁵. Como consecuencia lógica de lo anterior, la *cause of action* ya no existe, no pudiendo demandar a nadie más invocándola como motivo pretensional, por lo tanto, para quienes sostienen esta idea, los terceros que no fueron parte del juicio podrían de todos modos invocar la defensa del *merger*, aludiendo a que, en realidad, el primer fallo consumió el derecho a accionar por parte del demandante¹²⁸⁶. No se trata de una defensa basada en un uso extensivo del efecto *inter partes* o flexibilización de la regla de *mutuality*, sino simplemente señalar que el demandante no tiene remedio que requerir, pues ha perdido su derecho por consumación, al haberse fusionado (*merged*) al acto estatal de la sentencia¹²⁸⁷.

De cualquier manera, esta idea ha tenido una acogida menor entre las Cortes inglesas, especialmente desde la dictación de sentencias paradigmáticas como *Arnold* y *Fidelitas*, en donde se sentó la idea homogénea de aplicación en tanto extensión subjetiva entre *cause of action estoppel* y *merger*¹²⁸⁸.

2.1.2.4 RECONOCIMIENTO EN OTRAS JURISDICCIONES DEL COMMON LAW

Esta doctrina presentó más de algún inconveniente, especialmente al momento del reconocimiento de sentencias extranjeras en Reino Unido, pues se consideraba que era un efecto exclusivo de *res judicata* de los fallos de Cortes británicas (incluidas las de sus colonias). Así, es posible encontrar nutrida doctrina de tribunales que señalaban que en

¹²⁸³ Véase *supra* 3.3.1.1.

¹²⁸⁴ *Trade Indemnity Co Ltd v. Workington Harbour and Dock Board (No.2)* Lord Atkins Párrafos 105-106.

¹²⁸⁵ *King And Another v Hoare* [1844] EngR 1042.

¹²⁸⁶ *Fraser v HLMAD Ltd* [2006] EWCA Civ 738.

¹²⁸⁷ VAN DE VELDEN, Jacob. Op. Cit. p. 55.

¹²⁸⁸ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L); *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630

el derecho extranjero no se producía el efecto de absorción o fusión de la causa o pretensión en el fallo¹²⁸⁹, por lo que ésta subsistía, pudiendo el demandante volver a demandar en tribunales ingleses aquello que no había sido completamente satisfecho en algún tribunal extranjero. Ante la injusticia generada por la doble litigación de un demandante artero que buscaba nuevos resarcimientos en tribunales británicos, el gobierno debió legislar a través de una *Act of Parliament*, una ley que vino a positivizar el efecto preclusivo total de las sentencias extranjeras ante todas las Cortes de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte a través de la *Civil Jurisdiction and Judgment Act* de 1982, que en la sección 34 declara que no se podrán traer procedimientos ante las Cortes por ninguna persona basado en una *cause of action* respecto de la cual se ha pronunciado una sentencia entre las mismas partes en una Corte de otro lugar del Reino Unido o en una Corte extranjera¹²⁹⁰.

Por su parte, en la expansión de la cultura jurídica británica a sus antiguas colonias, se exportó la noción de *merger* como parte de la doctrina de la *res judicata*, cuestión que con matices sigue siendo reconocida hasta hoy. En Estados Unidos, el concepto que encapsula todas las doctrinas relacionadas con la causa de la acción -*cause of action*-, es el de *claim preclusion*, generalmente entendido como el efecto de *cause of action estoppel* en el derecho americano. Sin embargo, la doctrina de los tribunales federales tendió a unificar el concepto de *merger* o *former recovery* con el de *estoppel*, entendiendo una noción transaccional del concepto de causa de acción¹²⁹¹. Esta tendencia quedó sentada cuando se publicó *The Restatement (second) of judgments* en 1980, y estableció en la § 24 (1) que la *claim preclusión* inhibía todos los efectos de repetición de la litigación cuando se tratara de la misma causa, independiente que la demanda original hubiera sido estimada como desestimada, incluyendo toda forma de reparación y todo remedio que pudiera haber sido objeto de reivindicación judicial¹²⁹².

¹²⁸⁹ *Hall v Odber* (1809) 11 East 118. “Como queda claro que una sentencia extranjera no produce la fundición o absorción de la deuda en el fallo”. Del original: “as it is clear that a foreign judgment is no merger of a simple contract debt”. *Taylor v Hollard* [1902] 1 K.B. 676. En Australia. *Blair v Curran* [1939] HCA 23; 62 CLR 464.

¹²⁹⁰ *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*. s. 34: “No proceedings may be brought by a person in England and Wales or Northern Ireland on a cause of action in respect of which a judgment has been given in his favour in proceedings between the same parties, or their privies, in a court in another part of the United Kingdom or in a court of an overseas country, unless that judgment is not enforceable or entitled to recognition in England and Wales or, as the case may be, in Northern Ireland”.

¹²⁹¹ *Alary Corp v Sims (In re Associated Vintage Group)* 283 B.R. 549, 557-58 (Bankr. 9th Cir. 2002).

¹²⁹² American Law Institute, *Restatement (Second), Judgments*, § 24.

CAPITULO III

EXTENSION DE LA *RES JUDICATA* Y ABUSO DEL PROCESO

“La resolución de disputas entre particulares a través del proceso civil es, ciertamente, preferible ante la alternativa de la violencia, mas no es una actividad, en sí misma, intrínsecamente deseable”

Lord Simon Of Glaisdale

3.1 DOCTRINA DEL ABUSO DEL PROCESO -*ABUSE OF PROCESS*- O DOCTRINA *HENDERSON*

Dentro del complejo entramado de formas de construcción jurisprudencial que componen las reglas de clausura de la litigación civil y *finality* del derecho inglés, existe una tercera doctrina, distinta de las reglas de la cosa juzgada propiamente tal (entendida como *estoppel* y *merger*, *cause of action estoppel* e *issue estoppel*) que tiene como objetivo impedir la reiteración de la litigación, y la sobreutilización del sistema de justicia, dicha doctrina es conocida como *abuse of process* o “*Henderson*” en virtud del célebre caso en el que se trató por primera vez¹²⁹³.

La *res judicata* y la doctrina del abuso del proceso tiene un origen y *rationale* distintas. Si bien suelen tratarse como parte de los principios que componen una justificación general contra la utilización opresiva del proceso civil, la molestia reiterativa al litigante y la protección de la integridad del sistema¹²⁹⁴, y tener un sustrato y sustento común en la idea de inhibir la utilización innecesaria de recursos judiciales y de impedir que las partes sean sometidas a la jurisdicción por los mismos asuntos nuevamente¹²⁹⁵. En ese sentido

¹²⁹³ *Henderson v Henderson* (1843) 3 Hare 100

¹²⁹⁴ HEMSWORTH, Margaret. *Res judicata: the Henderson v Henderson principle and abuse of process: sketching the landscape*. Civil Justice Quarterly. Vol 34. N° 1. 2015.. p. 75.

¹²⁹⁵ “*Pero Henderson v Henderson, ahora conocido como abuso del proceso, aunque distinto de cause of action estoppel y issue estoppel, tiene mucho en común con ellos. El principio subyacente es el mismo, el interés público en que debe haber finalidad y término a la litigación, y que la parte no debe ser molestada dos veces por el mismo principio*”. Del original: “*But Henderson v Henderson abuse of process, as now understood, although separate and distinct from cause of action estoppel and issue estoppel, has much in common with them. The underlying public interest is the same: that there should be finality in litigation and that a party should not be twice vexed in the same matter*”. LORD BINGHAM OF CORNHILL en *Johnson*

tanto la *res judicata* como la doctrina del *abuse of process* en el derecho del *common law* comparten, y se entrelazan, como mecanismos que permiten dar definitividad y conclusión a los procesos judiciales, sin perjuicio de tener la referida naturaleza diversa¹²⁹⁶.

Para poder explicar mejor esta doctrina, y entender por qué se enmarca comúnmente dentro del tratamiento de la cosa juzgada en el derecho inglés, corresponderá, en primer término, intentar describir de forma sencilla en que consiste, de forma tal de contrastarla con la denominada doctrina restringida o “verdadera” de la cosa juzgada analizada precedentemente en este capítulo¹²⁹⁷.

La doctrina del abuso del proceso, como ha intentado simplificarmente explicar SIME, consiste en “la alegación de o levantamiento de demandas, acciones, cuestiones de hecho o derecho (*issues*) que pudiendo haber sido alegadas en juicio anterior, no lo fueron”¹²⁹⁸. Significa, entonces, una expansión de los efectos preclusivos de un proceso judicial, pero no radicados en aquello que se ha contenido en la sentencia, como es el caso de la cosa juzgada, sino en aquello que pudo haberse hecho valer por las partes, como acción o como excepción, o incluso, subjetivamente, respecto de quien se pudo haber hecho valer en la oportunidad original. Se trata, precisamente, de aquello que no se dijo en el juicio anterior y que, por consecuencia natural del proceso, no ha podido ser ni conocido por el tribunal ni decidido en el fallo.

No es una consecuencia de aquello que ha sido adjudicado, de que un asunto haya sido decidido, sino, precisamente, de cuestiones que no han sido decididas por el tribunal¹²⁹⁹. Como señala ANDREWS, en el derecho inglés “no solo se prohíbe la relitigación de cuestiones decididas. Se va más allá, y precluye cuestiones que podrían haber sido convenientemente incluidas por una de las partes como parte de su demanda o sus defensas”¹³⁰⁰.

De esta manera, es posible establecer la más clara diferencia con los principios de la cosa juzgada, los que emanan indiscutiblemente como una consecuencia de los efectos de la

v Gore Wood & Co (A Firm) [2001] 2 W.L.R. 72. Este fallo reafirma la idea establecida por Lord Stuart-Smith en *Talbot v Berkshire County Council* [1994] Q.B. 290.

¹²⁹⁶ SIME, Stuart. Op. Cit. p. 39. Véase también ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 498.

¹²⁹⁷ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 498.

¹²⁹⁸ Ibid.

¹²⁹⁹ Ibid.

¹³⁰⁰ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 284.

dictación de una sentencia de orden jurisdiccional y del contenido de ésta, así, la *res judicata* versará sobre las decisiones tomadas por el tribunal respecto a una determinada *cause of action* completa o un determinado asunto o cuestión de hecho o derecho (*issue estoppel*), e incluso, en el caso de seguir la doctrina del *merger*, de cómo es en la sentencia donde se funde o absorbe la pretensión del demandante victorioso, mientras que el *abuse of process* tratará sobre aquello que no se ha decidido, no se contiene en la sentencia, pero que podía, razonablemente haberse incluido en el proceso.

No obstante, la diferencia antedicha entre ambas doctrinas, que comparten sus fines conclusivos, suelen entremezclarse y generar confusión al momento de su utilización por parte de los tribunales, siendo muchas veces superpuestos los principios de *cause of action*, *merger* y *henderson*¹³⁰¹, habiendo existido durante décadas dificultades tanto de aplicación como teóricas, especialmente categoriales¹³⁰². Así, no es extraño que la doctrina del *abuse of process* sea considerada, erróneamente, como “la doctrina extensiva o expansiva de la cosa juzgada” o la “cosa juzgada en sentido amplio”¹³⁰³, lo que supone una incorrecta estimación, por tratarse de una idea distinta, que sin perjuicio de las coincidencias que pueda tener, emana de facultades distintas y apunta a cuestiones diversas que las de la cosa juzgada.

Para fines de esta investigación la forma más simple de enunciar la diferencia originaria entre la doctrina de la cosa juzgada y el abuso del proceso es señalar que aquella impide la repetición de la discusión de aquello que, como etimológicamente se ha señalado -es una cosa que se ha juzgado-, es decir, sobre la cual ha recaído adjudicación por parte de un órgano estatal con facultades jurisdiccionales, mientras que ésta se sitúa, de forma adjunta, en incluso complementaria, respecto de aquello que no fue adjudicado por no haber sido introducido al proceso por las partes¹³⁰⁴, habiendo podido hacerlo con una razonable diligencia y estimación, es decir recae sobre la cosa no-juzgada¹³⁰⁵.

3.2 HENDERSON V HENDERSON, EL ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN ORIGINARIA DE LA DOCTRINA

¹³⁰¹ ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 498.

¹³⁰² ZARZALEJOS tiene el buen tino de no incurrir en este error y hablar con mayor acierto de “efectos preclusivos en sentido amplio”. Ibid. p. 498.

¹³⁰³ BARNETT, Peter. Op. Cit. pp. 191-192

¹³⁰⁴ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. pp. 484-485.

¹³⁰⁵ Ibid.

La doctrina del abuso del proceso debe su nombre al célebre caso victoriano *Henderson v Henderson* en cual el *Vice Chaciller* del Tribunal de *Equity*¹³⁰⁶, SIR JAMES WIGRAM expresó:

*“Cuando un determinado asunto se convierte en objeto de litigación y luego de adjudicación por una Corte de Competente Jurisdicción, la Corte requiere que las partes de esa litigación presenten ante ella el caso completo, y no deberá permitir (salvo especiales circunstancias) que las mismas partes reabran el mismo tema de disputa en relación a asuntos que podrían haber sido traídos ante el tribunal como materia de la controversia, pero los cuales no fueron presentados, solo debido a que dichas partes, sea por negligencia, inadvertencia, o incluso accidentalmente, omitieron presentar como parte de su caso. La interposición de la res judicata, excepto en ciertos casos, aplica no solo a las cuestiones acerca de los cuales la Corte fue efectiva y actualmente requerida de pronunciamiento y opinión por las partes, sino a cualquier otro punto que haya propiamente pertenecido a la materia que se litigaba, y que las propias partes, ejerciendo una razonable diligencia, podría haber hecho presente oportunamente”*¹³⁰⁷

Del pasaje transcrito queda de manifiesto que *Vice-Chancellor* intentó sentar las bases de una extensión de la preclusión de la doble litigación, buscando el ahorro de recursos para las Cortes y de molestias para las partes al señalar que la litigación debía ser comprehensiva de todas aquellas cuestiones relacionadas con la disputa que las partes. Del mismo modo, resulta evidente que este primer fallo arranca sin hacer la distinción categorial antes mencionada entre abuso del proceso y cosa juzgada, pues esgrime la *res judicata* como su justificación. Tanto es así, que parte de la doctrina ha señalado que, en realidad el célebre fallo, no buscaba la creación mediante el precedente de una doctrina complementaria a la *res judicata*, sino que simplemente la estaba aplicando en la forma en que la Corte para dicho caso la consideraba aplicable¹³⁰⁸. Sin embargo, desde su

¹³⁰⁶ En el Siglo XIX existía en el entonces Imperio Británico una división de Tribunales de denominados “Tribunales de equidad” o “Tribunales de justicia” (Equity) que funcionaban de forma paralela a las Cortes de la Corona, cuya denominación era Court of Chancery, cuyo máximo magistrado era el Lord Chaceller secundado por el Vice-Chancellor. Fueron finalmente abolidos por la *Supreme Court of Judicature Acts of 1875* que unificó todos los tribunales de la Corona. MARSH, A. H. *History of the Court of Chancery and of the Rise and Development of the Doctrines of Equity*. Carshwell and Co. Toronto. 1890. pp. 6-12.

¹³⁰⁷ Del original “*where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of res judicata applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time*” SIR JAMES WIGRAM en *Henderson v Henderson* (1843) 3 Hare 100, párrafo 115.

¹³⁰⁸ HANDLEY, K.R. A closer look at *Henderson v. Henderson*. *Law Quarterly Review*. N° 3. 2002. pp. 397-398.

dictación, y fecunda citación como precedente¹³⁰⁹, ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia, e incluso la doctrina, hayan logrado diagramar el contenido de este fallo fuera de la esfera de cosa juzgada propiamente tal, construyendo desde entonces la doctrina bajo el nombre de *Henderson* de la mano del abuso del derecho del litigante y no de la cosa juzgada.

Tal como se definiera anteriormente, la idea de la doctrina del abuso del derecho se presentó, con el desarrollo de la jurisprudencia del siglo XX como una extensión de los efectos preclusivos del proceso, extendido a cuestiones que nunca fueron traídas ante la Corte para su discusión. Así, por no tratarse de cuestiones que han sido objeto de adjudicación, el efecto preclusivo o inhibitorio (pues opera como un *estoppel*) no proviene de una regla sustantiva de derecho (de fuente jurisprudencial, pero sustantiva) que opera como una regla en sentido normativo y vinculante, se trata, de una facultad que emana de las potestades jurisdiccionales de las Cortes. En el *common law*, recibe el nombre de jurisdicción inherente (*inherent jurisdiction*) la potestad autónoma y originaria entregada a los órganos judiciales superiores (jurisdiccionales) para poder decidir ciertos asuntos respecto de los cuales tienen competencia sin la necesidad de la existencia de una regla expresa que se las entregue, sino por el hecho mismo de estar constituidos como tribunales, salvo que una ley (estatuto) se la haya entregado específicamente a otro órgano o se las haya negado expresamente¹³¹⁰. Ha sido catalogado como un verdadero superpoder entregado a los órganos jurisdiccionales ingleses¹³¹¹. Se trata, como señalara LORD DIPLOCK de “un poder general para controlar el propio procedimiento de la Corte, para prevenir que se les utilice como un instrumento para producir injusticia”¹³¹².

¹³⁰⁹ *Henderson v. Henderson* es el fallo del Siglo XIX más citado de la historia, no solo en Cortes británicas, sino también australianas, canadienses y de Estados Unidos. Véase. HANDLEY, K.R. A closer look. Op. Cit. p. 397.

¹³¹⁰ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 141

¹³¹¹ The most extraordinary source of law in the English legal system is commonly called "the inherent jurisdiction of the court." There is no equivalent to this peculiar English concept of judicial power in any European country. Traducido como “La más extraordinaria fuente del derecho del sistema legal inglés, la jurisdicción inherente de la Corte. No existe nada equivalente a este peculiar concepto en ningún otro país de Europa”. JACOB, Jack I. H. The Fabric. Op. Cit. p. 60.

¹³¹² La referencia completa señala “un poder general para controlar el propio procedimiento de la Corte, para prevenir que se les utilice como un instrumento para producir injusticia. Tal poder es inherente a la función constitucional de las Cortes de Justicia. Todo sistema civilizado de gobierno requiere que el estado ponga a disposición de sus ciudadanos los medios para el justo y pacífico arreglo de las disputas que entre ellos se generen en la reivindicación de sus respectivos derechos” Del original “High Court's power to dismiss a pending action for want of prosecution is but an instance of a general power to control its own procedure so as to prevent its being used to achieve injustice. Such a power is inherent in its constitutional function as a court of justice. Every civilised system of government requires that the state should make available to all its citizens a means for the just and peaceful settlement of disputes between them as to their

Generalmente esta jurisdicción inherente se utiliza, como señalara citado LORD DIPLOCK en *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants*, para mantener el orden el procedimiento, controlar decisiones de otros tribunales inferiores y evitar el abuso del proceso¹³¹³.

Es entonces en base al uso de dicha jurisdicción inherente que, de forma discrecional, las Cortes han construido y aplicado la doctrina *Henderson*, entendiéndola como una posibilidad a utilizar cuando no es posible que se configuren los supuestos de la *res judicata*¹³¹⁴.

De la mano del desarrollo jurisprudencial de la doctrina del *abuse of process* se sentaron las bases de su justificación, ya enunciada con ocasión de su similitud con las reglas de la cosa juzgada, pero más específicamente tratadas a propósito de los poderes discrecionales de las Cortes para poder aplicarla. Así, se ha dicho que se trata de una regla de política pública cuyo propósito es que la litigación llegue a su fin¹³¹⁵, y que las partes no sean nuevamente sometidas a juicio, es decir, que el demandado no sea oprimido sucesivamente a través de nuevos juicios, siendo ese el abuso que se busca evitar¹³¹⁶. Como consecuencia de lo anterior, tal como esgrime ZUCKERMAN, se trata de una regla que busca proteger a la propia Corte en su dimensión pública, pudiendo ejercerse no solo a petición del demandado, sino también de forma oficiosa o inquisitiva, precisamente para evitar que se erosione el poder y autoridad de la justicia¹³¹⁷.

Con todo, como se trata de una regla cuya justificación y aplicabilidad depende de la jurisdicción inherente de la Corte, su utilización es discrecional, y mucho más oscilante que lo que las reglas de la *res judicata* en sentido técnico permiten. Al no existir hechos ni derechos adjudicados la discrecionalidad de las Cortes puede llevar la mencionada oscilación al extremo de la denegación de justicia, lo que puede, a su vez, generar sus propios inconvenientes.

respective legal rights” *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 14. Párrafo 975.

¹³¹³ Véase *supra*. 3.3.2.

¹³¹⁴ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1253.

¹³¹⁵ SIR THOMAS BINGHAM M.R. en *Barrow v Bankside Members Agency Ltd. and Others* [1996] 1 W.L.R. 257. Párrafo 260. Sentencia también citada por ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Op. Cit. p. 499.

¹³¹⁶ *Ibíd.* De la misma manera LORD STUART-SMITH en *Talbot v Berkshire County Council* [1994] Q.B. 290.

¹³¹⁷ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1254. En el mismo sentido MALEK, Hodge. Op. Cit. p. 1571.

Durante el siglo pasado y especialmente durante sus últimas décadas, la doctrina del abuso del proceso fue utilizada de forma amplia, aceptando la excepción de la doctrina *Henderson* en muchos casos en los que no era necesaria su utilización o lisa y llanamente no correspondía aplicarla. Dicha aplicación se hacía en forma mecánica, bastándole a los tribunales un test por cual se hiciera presente un asunto que a su juicio pudiese haberse eventualmente hecho presente en un juicio anterior para que se inadmitiera la demanda¹³¹⁸. El enfoque mecánico y demasiado proclive al uso de la doctrina del *abuse of process*, trajo como reacción pendular de la jurisprudencia en ciertos periodos exigir un test diametralmente opuesto, subiendo el baremo al extremo de hacer casi inaplicable la doctrina¹³¹⁹, como fuera en los casos *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police*, en que la idea de abuso de proceso sólo se aceptó como mecanismo para evitar volver a litigar cuestiones decididas en juicios criminales que habían sido erróneamente sustanciados¹³²⁰, y *Bragg v Oceanus Mutual Underwriting Association*, en el que se señaló que se rechazaba el “estoppel” de *abuse of process* por constituir un simple ardid para atacar colateralmente una decisión final tomada en un juicio previo, en el que la parte solicitante había tenido plena oportunidad de contestar lo que ahora reclamaba¹³²¹, sin analizar pormenorizadamente los hechos ni aplicando un criterio discrecional para ello¹³²².

3.3 EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE *HENDERSON* Y SU REGULACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES

Esta evolución de la doctrina a partir de *Henderson*, y los problemas aparejados, se mantuvo hasta data reciente, cuando la *House of Lords* intentó zanjar el asunto al conocer del caso *Johnson v Gore Wood & Co*¹³²³, señalando especialmente que la idea de una

¹³¹⁸ Véase el caso *Yat Tung Investment Co Ltd v Dao Heng Bank Ltd* [1975] A.C. 581, donde LORD KILBRANDON señaló: “se trata de un abuso de derecho cuando se hace presente en un procedimiento subsecuente cualquier asunto que pudo haber sido litigado en un procedimiento anterior” Del Original “it becomes an abuse of process to raise in subsequent proceedings matters which could and therefore should have been litigated in earlier proceedings”.

¹³¹⁹ Para una notable explicación de este cambio de doctrina en el tiempo véase. WATT, Gary. The danger and deceit of the rule in *Henderson v. Henderson*: a new approach to successive civil actions arising from the same factual matter. *Civil Justice Quarterly*. Vol. 19. 2000. pp. 296-298.

¹³²⁰ *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police* [1982] A.C

¹³²¹ LORD JUSTICE KERR citando a LORD DIPLOCK del original: “mounting a collateral attack upon a final decision ... which has been made by another court of competent jurisdiction in previous proceedings in which ... (the party concerned) had a full opportunity of contesting the decision of the court by which it was made” *Bragg v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd Ulster Marine Insurance Co Ltd v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [1982] 2 Lloyd's Rep. 132

¹³²² SIME, Stuart. Op. Cit. p. 40.

¹³²³ El caso se presentaba particularmente complejo, pues se trataba de un demandante que había perdido la primera acción por negligencia de su abogado (solicitor), quedando, además sin dinero para poder proseguir la acción original de forma diligente. Al acceder a asesoría legal gratuita intentó demandar

aplicación simplista había ido muy lejos, mientras que una que exigiera la presencia de elemento claramente abusivo podía ser demasiado restrictiva¹³²⁴, por lo que se recomendaba una aplicación que no fuera ni excesivamente celosa, pero tampoco simplemente mecánica¹³²⁵.

Adicionalmente, la *House of Lords* contaba con un nuevo código procesal civil (CPR) desde 1999, cuya implementación para principios de la década de 2000 aún era incipiente, pero establecía de forma estatutaria los algunos de los poderes inherentes de la jurisdicción de los tribunales, así como aumentar las facultades inquisitivas de los jueces en materia civil.

En la sentencia, el máximo tribunal, como señala ZUCKERMAN, expresa que el punto de partida, cuando una parte quiere hacer valer cuestiones que no hizo valer en su momento pudiendo hacerlo, es que la Corte declare la inadmisibilidad de la demanda por *abuse of process*¹³²⁶, salvo, que “la parte que quiere beneficiarse de dichas alegaciones sea capaz de persuadir al tribunal de que aplicar dicho criterio podría acarrear una injusticia evidente”¹³²⁷. En dicho proceso de persuasión, la Corte deberá considerar todas las circunstancias del caso, y evaluar los intereses tanto públicos como privados que puedan estar en juego, para finalmente concluir si el demandante está o no mal utilizando los recursos judiciales para hacer valer cuestiones que pudo haber hecho presente en el primer proceso¹³²⁸. Lo anterior es refrendado de forma clara en la sentencia, la cual expresa una intención de establecer un análisis circunstanciado y atender al caso específico, en vez de una aplicación automatizada de la idea del abuso del proceso:

“Es, sin embargo, incorrecto sostener que, porque una cuestión pudo haber sido presentada o interpuesta en un anterior procedimiento, debe considerarse al proceder de dicha parte, necesariamente abusivo en el nuevo proceso. Esto supone adoptar una aproximación excesivamente dogmática respecto de lo que, en mi opinión, debería ser un juicio amplio basado en los méritos de cada caso en el que se tomen en cuenta los intereses públicos y privados involucrados, así como todos los hechos del caso, centrando la atención en la pregunta crucial de si, en toda circunstancia para el caso revisado, es

nuevamente, señalando que las circunstancias de no haber podido hacer valer todas las cuestiones de hecho y de derecho se debían a la circunstancia descrita.

¹³²⁴ *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1. Del original “*the doctrine should not be 'circumscribed by unnecessarily restrictive rules' since its purpose was the prevention of abuse and it should not endanger the maintenance of genuine claims*”

¹³²⁵ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 486.

¹³²⁶ ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. ref. 1. p. 1255.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ *Ibid.*

*posible sostener que la parte está mal utilizando o abusando de la Corte al intentar una nueva presentación de aquello que pudo haber levantado anteriormente*¹³²⁹

La misma sentencia, intenta, además, coordinar el uso de la doctrina del abuso del proceso con el “objetivo primordial” (*Overriding objective*) del nuevo código procesal civil inglés, CPR de 1998, expresando que esta nueva aproximación permite que se refuerce el interés público del sistema de justicia, enfatizando la eficiencia y economía en la conducción del proceso, lo que redundaría en la custodia del interés no solo de las partes del proceso particular, sino del sistema y del público en su totalidad¹³³⁰.

La relevancia de *Johnson v Gore Wood & Co* estriba en que permitió, junto con la jurisprudencia que le siguió como precedente¹³³¹, replantear la centenaria doctrina de *Henderson v Henderson*, estableciendo ciertos criterios que pretendieron dar una renovada fisonomía a la institución, de forma de mejorar su aplicación. Tales criterios pueden enunciarse como:

- a) La esencia de *Henderson v Henderson* sigue basándose en que cuestiones que pudieron hacerse presente en un anterior juicio sean presentadas en juicios subsecuentes pueden constituir un abuso del proceso.
- b) La doctrina de *Henderson* no está basada en lo contenido en una determinación judicial, sino en el fracaso o imposibilidad de un litigante de haber podido obtener una mejor determinación judicial¹³³².
- c) El poder de declarar inadmisibles una demanda por abuso del proceso proviene de la jurisdicción inherente de la Corte, pero además en se encuentra en concordancia con las reglas del CPR (en especial la regla 3.4(2)b)¹³³³.

¹³²⁹ LORD MILLET en *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1. Del original “*It is, however, wrong to hold that because a matter could have been raised in earlier proceedings it should have been, so as to render the raising of it in later proceedings necessarily abusive. That is to adopt too dogmatic an approach to what should in my opinion be a broad, merits-based judgment which takes account of the public and private interests involved and also takes account of all the facts of the case, focusing attention on the crucial question whether, in all the circumstances, a party is misusing or abusing the process of the court by seeking to raise before it the issue which could have been raised before*”

¹³³⁰ LORD BINGHAM OF CORNHILL: “*This public interest is reinforced by the current emphasis on efficiency and economy in the conduct of litigation, in the interests of the parties and the public as a whole*”

¹³³¹ *Dexter Ltd (In Administrative Receivership) v Vlieland-Boddy* [2003] EWCA Civ 14

¹³³² ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 486. Citando el párrafo 30 de *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1

¹³³³ Durante la discusión suscitada en el siglo XX no existía norma positiva que pudiera ser citada por la jurisprudencia para caracterizar el abuso del proceso, con la entrada en vigencia de la reforma a la justicia civil del CPR (Civil Procedure Rules) de 1998 se incorporó en la sección 3.4.4 (b) una norma que regula los poderes de la Corte para regular el procedimiento como manifestación de jurisdicción inherente, la que señala que puede desestimar, declarando inadmisibles, la pretensión si “*la demanda constituye un abuso sobre los procesos de la corte, u obstruye de cualquier otra manera la justa disposición de los*

- d) Es incorrecto establecer que, por el solo hecho de existir cuestiones de hecho o derecho que no se hicieron valer en un juicio anterior, necesariamente habrá abuso del proceso, ello constituiría una aplicación celosa y dogmática de la preclusión por abuso¹³³⁴.
- e) La idea deberá apuntar a examinar la razonabilidad de la conducta de la parte en atención a porqué no habría hecho valer cuestiones relevantes en un proceso previo¹³³⁵.
- f) La pregunta deberá ser, en cada caso, si de la conducta del demandante, aplicando un juicio basado en los méritos del asunto, es posible sostener que se trata de una conducta que busca abusar del proceso, manteniendo un enfoque flexible¹³³⁶. De esta manera lo relevante no es si la decisión de no litigar un asunto se tomó intencionadamente o fue producto de la negligencia de la parte, sino del análisis de las circunstancias que podrían haber llevado a dicha parte a no incluir dichos asuntos en su pretensión¹³³⁷.
- g) El *onus* recaerá sobre quien quiera beneficiarse del *abuse of process*, sea demandante o demandado según el caso¹³³⁸.

procedimientos (judiciales)” Del original: “*that the statement of case is an abuse of the court’s process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings*”

¹³³⁴ *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1. Párrafo 22 “*not without scrupulous examination of all the circumstances to be denied the right to bring a genuine subject of litigation before the court*” También véase *Dexter Ltd (In Administrative Receivership) v Vlieland-Boddy* [2003] EWCA Civ 14

¹³³⁵ *Ibid.* De la misma Manera Watt ha señalado que LORD BINGHAM OF CORNHILL tuvo la sutíliza de introducir su intención de añadir racionalidad al examen de la cuestión mediante la sustitución del uso verbal, es decir en la pregunta por sobre las cuestiones que “*podieron haberse hecho valer*”, expresó que era más adecuado señalar si dichas cuestiones “*debieron haber sido hechas valer*”. Del inglés “*should have*” y “*could have*”. WATT, Gary. *Henderson is dead! Long live Henderson! - the modern rule of abuse of process.* Civil Justice Quarterly. Vol. 20. N°1. 2001. p. 96.

¹³³⁶ *Ibid.* También véase *Dexter Ltd (In Administrative Receivership) v Vlieland-Boddy* [2003] EWCA Civ 14.

¹³³⁷ A modo de ejemplo, no haber incluido ciertos daños menores en la demanda original puede ser una decisión intencional, dolosa, pero fundada en que en dicho momento esos daños accesorios no representaban un problema principal para el interés de la parte, especialmente si el costo de su acreditación, peritajes, por ejemplo, era muy caro. Si dichos daños en los años que prosiguieron a la sentencia del primer juicio se volvieron más relevantes, atendido los nuevos intereses de la parte, la posibilidad de discutirlos nuevamente podría ser estimada, y no ser necesariamente un abuso del proceso. De la misma manera, no haber incluido a un sujeto que era corresponsable del daño en la demanda original por no tener bienes y ser un mal prospecto de pagador, permite plantearse que habiendo mejorado notablemente las circunstancias patrimoniales de dicho deudor, en un segundo proceso, ahora contra dicho deudor, pueda permitirse la litigación sin inadmitir la demanda fundado en la doctrina Henderson.

¹³³⁸ *Ibid.* Párrafo 60, LORD MILLET señaló: “*La carga debería descansar siempre en el demandado para establecer que existe una demanda opresiva o que se trata de un abuso del proceso en la segunda acción*”. Del original: “*The burden should always rest upon the defendant to establish that it is oppressive or an abuse of process for him to be subjected to the second action*”. Confirmado en *Barnstaple Boat Co Ltd v Jones* [2007] EWCA Civ 727.

De esta forma, se intentó fijar un punto medio de razonabilidad en la aplicación de la doctrina preclusiva más extensa existente en la jurisdicción británica, que, por tratarse de una construcción que no encuentra sustento en las reglas de la cosa juzgada -sin perjuicio del origen del caso *Henderson*- debía ser mantenida con precaución para evitar la denegación innecesaria de justicia a quienes no hubieren podido acceder en su proceso original a hacer valer cuestiones relevantes, por un lado; y quienes realmente habiendo podido razonable o diligentemente hacerlo no lo hicieron y desperdiciaron su tiempo y comparecencia ante la Corte. Con todo, se intentó moderar la oscilación pendular antes descrita, o como mitológicamente ha explicado Andrews intentar alejar la doctrina de *Henderson* tanto de Escila como de Caribdis¹³³⁹.

3.4 EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE *HENDERSON* HACIA UNA PRECLUSIÓN INTERSUBJETIVA

Tal como se viera en el apartado 3.3.1.6 de este capítulo en el caso de la cosa juzgada propiamente tal, entendida tanto como *cause of action* o como *merger (former recovery)* la literatura y la jurisprudencia de las Cortes ha optado por mantener el requisito de subjetividad relativamente inalterado, es decir, el efecto de la *res judicata* alcanza a quienes hayan sido partes del proceso y, en su caso, a sus *privies*¹³⁴⁰.

Sin embargo, la doctrina del abuso del proceso tiene una raíz distinta, no proviene ni forma parte de los principios que forman la cosa juzgada y emana de un poder y regulación diferente, que, además, ha encontrado discusión y reinterpretación en data reciente. Dado que comparte la justificación de política pública de la *res judicata* pero no se encuentra sujeta a su rigidez, *Henderson* ha permitido mover el cerco de la intersubjetividad de los efectos preclusivos de una sentencia, es decir, hacer valer la doctrina del abuso de derecho, y por ende denegar la posibilidad de litigación a partes que no participaron del proceso original.

Efectivamente, el propio caso *Johnson v Gore Wood & Co* trata, entre otras cosas, sobre la interposición de acciones por parte de un tercero en contra de una parte de un juicio anterior, quien precisamente opone la defensa del abuso del derecho, la que es finalmente desechada por el juez¹³⁴¹. No obstante, dicho rechazo, se ha planteado la posibilidad, discutida por los jueces en dicha sentencia¹³⁴², y en fallos posteriores, de que se hagan

¹³³⁹ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 487.

¹³⁴⁰ Ver *supra* Parte Tercera 3.2.1.6.1.

¹³⁴¹ ANDREWS, Neil. On Civil Process... Op. Cit. p. 488.

¹³⁴² *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1.

extensivos las consecuencias preclusivas de un proceso hacia quien no ha sido parte de él, para el efecto de poder beneficiarse de la defensa o *estoppel* que supone ante la demanda de una de las partes originales.

Se trata del escenario en que un sujeto A demanda a un sujeto B, no haciendo A presente todas las alegaciones de hecho y de derecho que en tal oportunidad podía hacer valer, obteniendo una sentencia que se pronuncia sobre tal controversia. Luego, el sujeto A intenta demandar al sujeto C, y si en su pretensión se contienen algunas de dichas cuestiones no presentadas en el proceso contra B, C podrá solicitar se inadmita la demanda por considerarse un abuso del proceso en aplicación de la doctrina *Henderson*.

Los casos en los que se ha hecho presente apuntan a hipótesis relativamente específicas, en la que, por ejemplo, un sujeto demanda la contribución a la deuda en una indemnización por daños extracontractuales que se le imputan respecto de un tercero y luego, por ejemplo, demanda a dicho tercero por sus propios daños. En tal caso el sujeto C, que no fue parte principal del pleito entre A y B ejerce su *estoppel* de *abuse of process*, aludiendo que dicha solicitud podía haberse hecho presente en el proceso anterior conjuntamente con la solicitud de contribución a la deuda¹³⁴³.

Esta hipertrofia de la definitividad entre sujetos que no han sido partes podría sorprender a alguien que pertenezca a la tradición continental del *civil law*, pero se ha presentado en casos determinados en que el argumento para su utilización -o no- ha sido, precisamente lo establecido en el caso *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* en relación a realizar un examen que apunte al mérito del caso, las circunstancias que lo rodean y los intereses públicos y privados en juego. Este escenario, previsto oportunamente por WATT, se funda en que el fallo de *Johnson* pretendió dotar de sentido de racionalidad, y entregar lo que el autor llamo “*el epitome del sentido a la doctrina Henderson*”¹³⁴⁴, pero debió tenerse presente que, generalmente el precio de dicho “sentido común” suele ser la incerteza jurídica y la impredecibilidad de las decisiones judiciales en procedimientos respecto de los mismos asuntos¹³⁴⁵. Asimismo, el enfoque “de economía y eficiencia” evocado por los sentenciadores en el comentado fallo, traerá inevitablemente -como de hecho lo hizo-

¹³⁴³ Este es el supuesto del caso *Talbot v Berkshire CC* [1994] Q.B. 290; [1993] 3 W.L.R. 708.

¹³⁴⁴ WATT, Gary. *Henderson is dead!* Op. Cit. ref. 285. p. 101.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

el aumento de demandas de este tipo¹³⁴⁶, contraviniendo precisamente dichos principios tan noblemente enunciados por la sentencia.

3.5 RECAPITULACIÓN, PARALELOS Y DIFERENCIAS ENTRE *ABUSE OF PROCESS* Y *RES JUDICATA*, ESPECIALMENTE CON EL *CAUSE OF ACTION ESTOPPEL*

Sin perjuicio de que se ha señalado el desarrollo completo de la doctrina del abuso del proceso como una forma extendida de reglas de preclusión, parece necesario, especialmente para quienes pertenecen a la tradición continental, hacer una breve comparación de ciertos puntos en los que la *res judicata* en su sentido estricto y la doctrina *Henderson* se relacionan. Este listado no se pretende exhaustivo, toda vez que representa un corolario de lo que se ha explicado latamente durante el presente capítulo, y tiene fines clarificadores de cara a algunos aspectos en que pareciera que hay superposiciones entre ambas ideas.

- 1) **Origen diverso:** Como se señaló *supra*, el origen de la doctrina del abuso del proceso es diverso del de la cosa juzgada. La *res judicata* es una política pública de origen normativo, jurisprudencial y estatutario, que impide la reiteración de procesos fundados en la misma causa de acción o en la reiteración de la litigación de *issues*, entendidos como antecedentes de hecho y de derecho que han quedado resueltos en el primer fallo¹³⁴⁷. Por su parte, *Henderson* es una regla que no se debe considerar un efecto de la sentencia, sino un mecanismo de protección del sistema de justicia, entregado al juez, para proteger el desgaste innecesario de recursos y molestias a las partes que redunde, finalmente en un mayor uso del sistema de justicia. De esta forma se busca inhibir que se utilice la litigación estratégica y la “partición” en gotas de las pretensiones según conveniencia¹³⁴⁸.
- 2) **Rigidez versus discrecionalidad:** Las reglas de *res judicata*, en cualquiera de sus vertientes, son principios claramente asentados, cuya aplicación, especialmente la de la *cause of action estoppel* responde a una estructura absoluta, en la que -salvo excepcionalísimas circunstancias- una vez verificados sus requisitos resulta obligatoria su aplicación por parte del

¹³⁴⁶ Ibid.

¹³⁴⁷ Véase *supra* Parte Tercera 3.3.3.1.

¹³⁴⁸ Véase *supra* Parte Tercera 3.3.3.2.

tribunal. La regla del *abuse of process* responde a un uso de facultades discrecionales de la Corte, de manera que deberán examinarse las circunstancias en concreto de cada caso para estimar procedente la aplicación de la doctrina. En ese sentido, se han elaborado criterios orientadores de su aplicación, pero siempre queda entregada a la Corte la posibilidad de su aplicación en uso de su jurisdicción inherente y las facultades de conducción del proceso en resguardo del objetivo preponderante de la justicia civil (*Overriding Objective*).

- 3) **Control de la solicitud:** Íntimamente relacionado con el punto anterior, es la posibilidad de invocar la defensa de la *res judicata* entregada exclusivamente a las partes, a través de los denominados *pleas*. Mientras que, atendido su origen y justificación, la doctrina *Henderson*, además de ser esgrimida por la parte demandada, puede ser declarada de oficio en uso de las facultades de control del proceso que ostenta la Corte en virtud del CPR (en especial la regla 3.4(2b)).
- 4) **Alcance subjetivo:** Tal como se discute en el caso *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)*, la doctrina del abuso del derecho puede ser aplicada de forma intersubjetiva, es decir, como un mecanismo de defensa de quien es subsecuentemente demandado habiendo podido ser emplazado en el primer proceso y que por decisión del demandante no la ha sido. Esta idea se contrasta con el efecto *inter partes* y la regla de mutualidad (*mutuality*) que aun impera en la operación de la cosa juzgada propiamente tal¹³⁴⁹. En cualquier caso, se hace presente que se plantea como una posibilidad que la Corte revisa en cada caso concreto, y que no supone una aplicación mecánica de una excepción per se al efecto subjetivo.
- 5) **Límite objetivo:** Tal como se ha hecho presente, tanto la *res judicata* como el *abuse of process* tienen por objeto proteger los intereses públicos y privados involucrados en la prohibición de la doble litigación¹³⁵⁰. A ese respecto, en ambas doctrinas se realiza un ejercicio comparativo respecto al componente objetivo del proceso, especialmente centrado en lo que se ha hecho valer por parte del demandante, pero además lo que podría haberse hecho valer en dicha

¹³⁴⁹ Véase *supra* 3.3.3.3. En especial *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1. Para un ejemplo véase *Talbot v Berkshire CC* [1994] Q.B. 290; [1993] 3 W.L.R.

¹³⁵⁰ LORD BINGHAM OF CORNHILL en *Johnson v Gore Wood & Co (A Firm)* [2001] 2 W.L.R. 72.

oportunidad¹³⁵¹. En ese sentido, podría parecer que las doctrinas responden a la misma necesidad de la idéntica manera, examinando bajo el mismo prisma el componente objetivo de ambos procesos. Sin embargo, corresponde señalar que existe una diferencia que permite la distinción. Como se ha dicho, la doctrina *Henderson* no se encuentra claramente delimitada, ni estrictamente definida normativamente, siendo una de sus características la flexibilidad y la discrecionalidad de la Corte en su aplicación; desde esa perspectiva el ejercicio hipotético que hace la doctrina del abuso del proceso es aún más amplio que el que se hace en la *res judicata*¹³⁵². Lo anterior, en el sentido de que la *res judicata*, tanto en *cause of action estoppel* como en *merger* pone el acento en todas las pretensiones que se hicieron o pudieron hacerse valer, y no se hicieron, pero que emanen de la misma causa de acción -*cause of action*- siendo este elemento, llamado *claim* en otras jurisdicciones del *common law*, el que se erige como la piedra angular de la comparación entre procesos.

Por su parte, el abuso del proceso no se restringe a la *cause of action*, sino que extiende su comparación más allá, incluyendo cuestiones de hecho y derecho que podían y debían haberse hecho valer, con razonable diligencia, por alguna de las partes en el primer proceso, aunque no emane de la misma causa. Esto se entiende en función de que el objetivo de esta doctrina no está en evitar sentencias contradictorias emanadas de la misma causa de acción, ni impedir que el demandante obtenga una doble reparación (*merger*), sino que desincentivar una utilización fraccionada o “por goteo” del sistema de justicia, por lo que si en una misma demanda podían incluirse varias pretensiones, derivadas de distintas causas, pero subsumibles en un mismo procedimiento, la doctrina *Henderson* podría impedir un segundo proceso, pese a que claramente no habrá concurrencia de la *res judicata*.

Como vía de clarificación podemos señalar los siguientes ejemplos:

- a) En el primer proceso se demanda por A la suma de 100 respecto de B, fundado en la indemnización de daños derivados de un incumplimiento contractual del que A ha sido víctima por el actual negligente de B. La Corte dicta sentencia

¹³⁵¹ HEMSWORTH, Margaret. Op. Cit .p. 75.

¹³⁵² ZUCKERMAN, Adrian. On Civil Process... Op. Cit. p. 1254. En el mismo sentido MALEK, Hodge. Op. Cit. p.1571. Para mayor detalle véase *supra* 3.3.3.2.

favorable a A por 100, quien ante la negativa del pago voluntario de B inicia un procedimiento de ejecución. En el contexto del procedimiento de ejecución B interpone como defensa -excepción- la existencia de una deuda de A respecto de sí, B, por el saldo insoluto de otro contrato, alegando que ambas cantidades se compensen y se impida la ejecución. En este caso, no habrá *res judicata*, en ninguna de sus vertientes, pero la Corte podría (es muy importante comprender que es una cuestión facultativa y discrecional y que no necesariamente ocurrirá) desestimar la excepción fundada en la doctrina del *abuse of process*, si es que considera que la utilización de la excepción ha sido artera, o postergada estratégicamente, trayendo como consecuencia un desgaste innecesario de la jurisdicción¹³⁵³.

- b) Un pasajero de un taxi demanda al conductor del vehículo y al ayuntamiento de la ciudad (litisconsorcio pasivo) por los daños derivados de un accidente de tráfico. La Corte dicta sentencia en favor del demandante por la suma de 100. Posteriormente, en un segundo proceso, el conductor del vehículo demanda al ayuntamiento por los daños sufridos en su vehículo y para repetir contra la administración de la ciudad respecto de su parte del pago de los 100. En este caso la Corte podría (es muy importante comprender que es una cuestión facultativa y discrecional y que no necesariamente ocurrirá) desestimar la demanda del conductor, señalando que le fue perfectamente posible, de haber obrado con la debida diligencia, haber incorporado dichas alegaciones en el primer proceso atendido que servían el mismo propósito, se encontraban todas las partes ya incorporada al proceso y su pretensión era perfectamente pertinente, toda vez que buscaba eximirle de responsabilidad fundado en el mal estado del camino atribuible al Ayuntamiento¹³⁵⁴.

¹³⁵³ Esta misma idea es la que da origen a la doctrina en el caso *Henderson v. Henderson*.

¹³⁵⁴ Los supuestos de este caso son muy similares a los del caso *Talbot*, donde ni siquiera se aceptó como justificación de no haber hecho valer dicha pretensión que quien tenía en control de la participación del conductor fuera su compañía de seguros y no él. *Talbot v Berkshire CC* [1994] Q.B. 290; [1993] 3 W.L.R. 708.

**PARTE CUARTA: CONVERGENCIA DE REGLAS DE
TERMINACIÓN EN LA LITIGACIÓN. LA TENDENCIA
GENERAL HACIA REGLAS MÁS AMPLIAS EN LA EXTENSIÓN
DE LA COSA JUZGADA**

CAPITULO I

LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS

“La Cortes están teniendo dificultades en poder garantizar a cada litigante su día en estrado. Autorizar a que ese litigante tenga un segundo día por el mismo caso es un lujo que no puede permitirse” Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Estados Unidos.

1.1 CUESTIONES GENERALES Y COMUNES

Conforme lo que se ha estudiado a lo largo de esta investigación, es posible sostener que, entre el sistema aplicable en Inglaterra y Gales respecto a la cosa juzgada y el sistema chileno, incluidas las referencias a la construcción teórica española que sean atingentes, existen determinadas cuestiones comunes que suponen una aproximación similar al concepto de definitividad de las resoluciones judiciales. En ese entendido, en el Capítulo I de la Parte Primera se ha visibilizado que existen fundamentos compartidos¹³⁵⁵, no solo entre estos países, sino que, en general, entre cualquier sistema de justicia civil que cuente con un grado relevante de sofisticación, que dan cuenta de la consagración normativa de una regla, o conjunto de ellas, que permite poner fin a la litigación y que impida su repetición en el procedimientos subsecuentes, principalmente justificado en razones de estabilidad, armonía interna del sistema, paz social y seguridad jurídica¹³⁵⁶.

Posteriormente en las Partes Segunda y Tercera se ha podido evidenciar el funcionamiento pormenorizado en cada país, y, a través de ellos, como cada tradición jurídica de las que respectivamente forman parte regula las reglas de clausura del sistema, entendidas principalmente alrededor de la construcción jurídica de la *res judicata*¹³⁵⁷. Del tratamiento anterior, es posible vislumbrar, como se ha mencionado más arriba, ciertas similitudes entre los sistemas estudiados, que permite, tal como se verá *infra*¹³⁵⁸, proponer como idea central de este trabajo la expansión tanto objetiva como subjetiva de

¹³⁵⁵ Véase *supra* Parte Primera 1.1.1

¹³⁵⁶ Véase *supra* Parte Primera 1.3.1 y 1.3.2.

¹³⁵⁷ Véase *supra* Parte Segunda 2.1 y Parte Tercera 2.1.

¹³⁵⁸ Véase *infra* Parte Cuarta 2.1.

la cosa juzgada, teniendo presente la existencia de pilares comunes sobre los cuales la institución se erige sin importar el sistema jurídico en el que se encuentre regulada.

En ese sentido, y con fines de claridad metodológica, se puede señalar que entre los sistemas de *common law* y la tradición continental latinoamericana representadas por Inglaterra y Chile, respectivamente, es posible encontrar, en lo relativo a la regulación y funcionamiento de la *res judicata*, los siguientes puntos de encuentro:

1.1.1 RELEVANCIA DE LA EXISTENCIA DE LA REGLA DE COSA JUZGADA

Tanto en Chile como en Inglaterra ha sido reconocido que las reglas de cosa juzgada cumplen una función esencial en el funcionamiento del proceso civil, y del sistema de justicia en general. Así, se ha dicho que se trata de una de las piedras angulares de la institucionalidad de la justicia y el Estado de Derecho y que supone una herramienta ineludible para el correcto desenvolvimiento de ésta¹³⁵⁹.

De la misma manera, se ha sostenido que no se trata de una mera regla procedimental, sino que, de una cuestión de fondo, que trata sobre un análisis normativo que corresponde juzgar a los tribunales, y que su configuración objetiva y subjetiva puede ser compleja y de difícil delimitación¹³⁶⁰. De la mano de los fundamentos de seguridad jurídica y política pública que se esgrimen como su principal sustento, la cosa juzgada da tranquilidad a los justiciables en las decisiones definitivas de los tribunales, permite generar expectativas de dichas decisiones y planificar la conducta de los justiciables conforme a ella¹³⁶¹. Asimismo, supone un mecanismo que en todos los sistemas examinados permite evitar la repetición innecesaria de disputas judiciales, facilitar su ejecución, y evitar el abuso de litigantes en posiciones asimétricas, tanto en caso de derrotas que se consideran injustas como en victorias parciales que se aprecian como insuficientes¹³⁶².

1.1.2 EXAMEN COMPARATIVO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

Tanto en Chile, y dicho con ello en España y parte importante de la tradición continental que le ha servido de influencia, como en Inglaterra y el resto del *common law* la *res*

¹³⁵⁹ PINOS, Timothy, Op. Cit. p.715. SINAI, Yuval. Op. Cit. p. 354.

¹³⁶⁰ MILLAR, Robert. Vol. 39. N°1. Op. Cit. p. 1-2. SINAI, Yuval. Op. Cit. pp. 355-356.

¹³⁶¹ SHELL, Richard. Op. Cit. p. 640

¹³⁶² Véase *supra* Parte Primera 1.3.2

judicata supone una regla que se proyecta como efecto de un proceso, especialmente de la sentencia, hacia el futuro con fines profilácticos para evitar la repetición de juicios¹³⁶³. Lo anterior supone que, para poder hacerla operativa, deberá llevar a cabo un examen comparativo entre determinados criterios integrantes del primer pronunciamiento con lo contenido que, de forma actual o proyectada -si estuviera en una etapa aun preliminar-, integraría la controversia en el segundo. En ese contexto, todos los sistemas ejercen un control comparativo respecto de dos grandes ejes: a) un elemento subjetivo, relacionado con la identidad de las partes que intervienen en ambos procesos y quienes se deben entender quedan comprendidas en tal calidad; b) un elemento objetivo, relacionado con el objeto de la disputa que configura el proceso y la fuente de la cual emana aquel objeto¹³⁶⁴.

Lo anterior, no significa, en caso alguno, que dicho examen bicéfalo sea exactamente el mismo en ambas latitudes, ni que lo que se entiende por cada uno de esos componentes sea igual, toda vez que ello responde a la historia e influencias que cada jurisdicción ha recibido a lo largo de su historia, y como la institución ha evolucionado conforme la cultura judicial, de cada Estado, considerando sus diferencias políticas, sociológicas, económicas y jurídicas¹³⁶⁵. Sin embargo, la existencia de elementos subjetivos y objetivos en ambos casos permite concluir que la fisonomía de la institución es similar, y que los pilares sobre los que se levanta son uno de los puntos de encuentro más estrechos entre los procesos civiles de ambas familias jurídicas.

1.1.3 CONSECUENCIAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONSTATACIÓN DE LA *RES JUDICATA*

Sin perjuicio de que tradicionalmente se señala que la cosa juzgada es una regla que se define en función de evitar duplicidad de juicios, en realidad busca evitar duplicidad de sentencias, pues la operatividad de la regla supone, inevitablemente, la nueva intervención judicial para su constatación y posterior declaración, lo que se lleva a cabo, paradójicamente, en un procedimiento judicial¹³⁶⁶. De esa forma, la evitación de nuevos procedimientos, propiamente tal, ocurre solo en el supuesto inhibitorio, en el efecto

¹³⁶³ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin. Op. Cit. pp. 7-15. En un sentido parecido PRIETO-CASTRO, Leonardo. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Vol. I. p. 562. Asimismo, TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. pp. 289-290.

¹³⁶⁴ Véase supra Parte Segunda 2.1 y Parte Tercera 2.1

¹³⁶⁵ MILLAR, Robert. Vol. 39. N°1. Op... Cit. p. 1-2. HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 27.07. p. 1.

¹³⁶⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin..Op. Cit. p. 9-11.

excluyente de la *res judicata*, es decir, aquellos “juicios” que no llegan a producirse en virtud de que quienes podrían promoverlo comprenden que la existencia de las reglas preclusivas de la cosa juzgada les impedirá tener éxito.

A lo anterior, debe sumarse que tanto en Inglaterra, y en general en el *common law*, al igual que actualmente en Chile (a diferencia de lo que ocurre en España) la invocación de la cosa juzgada se hace como excepción o defensa a solicitud de parte, no pudiendo ser declarada de oficio¹³⁶⁷.

En cualquier caso, cabe señalar que, aunque se requiere un proceso judicial para su constatación, un diseño eficiente del sistema permitiría ahorrar tiempo y costos de los recursos privados y públicos si la invocación de la cosa juzgada pudiera hacerse valer en forma pronta *-in limine litis-* y resuelta de forma previa a la prosecución del asunto por entenderse como requisito de iniciación del procedimiento, o uno de los denominados presupuestos procesales¹³⁶⁸, al menos en los casos donde resulte clara su procedencia, sin perjuicio de casos más complejos en que se requerirá fallarse en la sentencia definitiva¹³⁶⁹.

En ese contexto, cuando la cosa juzgada es hecha valer de forma pronta por parte de quien se considere su beneficiario, la consecuencia procesal es generalmente la misma en ambos sistemas, la dictación de una resolución u orden por parte del tribunal que excluye la posibilidad de continuar adelante la tramitación, poniendo fin al procedimiento¹³⁷⁰.

1.2 DIFERENCIAS RELEVANTES ENTRE MODELOS DE RES JUDICATA

Habiendo tratado el marco general de las semejanzas en la construcción conceptual, fundamentos y constatación de la cosa juzgada en Chile e Inglaterra, corresponde señalar cómo es que esta institución se diferencia entre ambos sistemas jurisdiccionales.

1.2.1 CONCEPTO DE FIRMEZA Y FINALIDAD PARA LA PROCEDENCIA DE LA COSA JUZGADA

En el derecho continental, del cual participan Chile y España, la idea de cosa juzgada se determina como un efecto, o cualidad de un efecto, producido por las sentencias¹³⁷¹. Dicha aseveración no nos parece completa sin la mención, casi automática, de que dicha

¹³⁶⁷ Véase *supra* Parte Segunda 3.1 y Parte Tercera 2.1.

¹³⁶⁸ Presupuestos o requisitos que impiden la existencia de una relación procesal eficaz, por lo que impiden que el juicio pueda iniciarse. Véase MONTERO AROCA, Juan *et al.* Op. Cit. p. 321. *Supra* Parte Segunda 2.2 y 2.3. En ese mismo sentido ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El presupuesto procesal del procedimiento adecuado. Comares. Madrid. 1996. pp. 23-25 y 49-51..

¹³⁶⁹ RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Op. Cit. p. 53. Véase *supra* Parte Segunda 3.1

¹³⁷⁰ En el CPR la demanda será retirada de la Corte “*will be struck out or dismissed*”. CPR.r. 3.4. En el CPC chileno mediante una sentencia interlocutoria conforme el art. 158 y 311.

¹³⁷¹ Véase *supra* Parte Primera 1.4.2

sentencia, para producir el efecto señalado, debe haber alcanzado o encontrarse en un determinado estado procesal, a saber, la sentencia debe estar firme¹³⁷². La firmeza, cuya delimitación conceptual con la cosa juzgada formal aún permanece difusa¹³⁷³, se entiende entre la cultura jurídica continental como un elemento esencial e indispensable de la cosa juzgada. Si la cosa juzgada es la inmutabilidad sobrevinida a la inmodificabilidad de una sentencia, dicha sentencia deberá encontrarse en un estado que impida su alteración tanto horizontal como vertical a través de los recursos, lo que ocurre cuando han precluido todos los medios de impugnación en su contra, y se puede decir que, atendida dicha preclusión, la sentencia se encuentra firme¹³⁷⁴. Es entonces, una combinación de dos cuestiones relativas a la sentencia lo que permite que surja la cosa juzgada, el contenido definitivo de la sentencia, sumado a su estado de inalterabilidad por firmeza, es ahí cuando la sentencia “produce” cosa juzgada.

A contrafaz de moneda, mientras subsista la posibilidad de modificación por la vía de los recursos, o la sentencia pueda ser atacada por algún medio, se previene de concederle el efecto de *res judicata*, fundado en la posibilidad de que su contenido fuere alterado, generando una indeterminación e incertidumbre que no hace aconsejable que proyectar efectos inhibitorios hacia otros procesos hasta que dicha indeterminación haya cesado¹³⁷⁵.

En el *common law*, especialmente en el derecho inglés, en cambio, no existe esta asociación entre *res judicata*, en todas las hebras que reconoce la doctrina, con la necesidad de inmodificabilidad de la sentencia. En general, los sistemas del *common law* no tienen una estructura de tribunales que este diseñada por pisos fragmentados, en el que las decisiones de los jueces de base sean revisadas por la vía de los recursos¹³⁷⁶. Las impugnaciones, *appeals*, existen, por supuesto, pero no están pensadas como parte del uso habitual del sistema, es decir, no se espera que la mayoría de los casos sea apelada, sino que directamente lo opuesto, existiendo una gran cantidad de filtros de admisibilidad para recurrir -denominado *permission to appeal*-, disminuyendo el número de casos

¹³⁷² Véase *supra* Parte Segunda 1.2

¹³⁷³ Para ahondar en esta discusión, así como sus conclusiones véase ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 561. CAPRI, Federico, COLESANTI, Vittorio y TARUFFO, Michele. Op. Cit. p. 324. GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. pp. 511-513.

¹³⁷⁴ GUASP DELGADO, Jaime. Op. Cit. p. 511.

¹³⁷⁵ *Ibíd.* p. 516.

¹³⁷⁶ DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. p. 89.

revisados por las Cortes superiores en forma creciente, conforme se avanza aguas arriba en la jerarquía¹³⁷⁷.

Es así, que el concepto de “firmeza” no tiene correlato en la legislación estatutaria ni en la doctrina jurisprudencial de los tribunales, asociándose generalmente a una idea intrínsecamente continental. Es por ello por lo que es perfectamente concebible que una sentencia produzca cosa juzgada no obstante existir aun tanto la posibilidad de apelarla, como una apelación pendiente en su contra¹³⁷⁸, tal como lo ha codificado el CPR en la regla 40.7(1)¹³⁷⁹. Esta idea, contraintuitiva para quienes forman parte del derecho continental, se justifica en dos grandes razones:

- a) **Régimen de recursos:** no existe ninguna razón para supeditar la existencia de la *res judicata* a una posible modificación por un tribunal superior, toda vez que ello sería doblemente excepcional, primero porque que se recurra y dicho recurso sea permitido o aceptado para ante un tribunal superior es de difícil ocurrencia. El sistema inglés de apelaciones cuenta con un estricto sistema de filtrado denominado permiso para apelar -*permission to appeal*- que es llevado a cabo por el tribunal inferior¹³⁸⁰. No consiste meramente en un examen formal, sino que se examina bajo un criterio de razonable posibilidad de éxito - *real prospect of success*-¹³⁸¹, y en caso de que la Corte considere que no existe tal posibilidad,

¹³⁷⁷ Ibid. Como ejemplo estadístico, las County Courts recibieron durante el año 2007 2 millones de casos, y solo 2574 permisos para apelar fueron concedidos para ante la División Civil de la Court of Appeal. Fuente

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/432070/civil-justice-statistics-jan-march-2015.pdf. Fecha de consulta 6 de agosto de 2020.

¹³⁷⁸ *Beheer BV v. Berry Floor NV* [2007] EWCA Civ 364. párrafo 80. *Reed Executive Plc v. Reed Business Information Ltd* [2004] EWCA Civ 159. ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 880.

¹³⁷⁹ CPR r 40.7(1): “Una sentencia u orden surte efecto desde el mismo día en que dictada, o desde la fecha posterior que fije la Corte.” Del original: “(1) A judgment or order takes effect from the day when it is given or made, or such later date as the court may specify”

¹³⁸⁰ NOBLES Richard y SCHIFF, David. The Right to Appeal and Workable Systems of Justice. Modern Law Review. Vol. 65. N°. 5. 2002. pp. 678-680. ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. pp. 880-883.

¹³⁸¹ *Swain v Hillman* [2001] 1 ALL ER 91. Un ejemplo de posibilidad de éxito sería, conforme a este caso, que la sentencia de primera instancia se aparte un precedente vertical.

deniega ese permiso¹³⁸². Asimismo, la resolución que deniega el permiso es inimpugnable¹³⁸³.

En segundo término, porque las posibilidades de que la corte revoque la sentencia son generalmente escasas¹³⁸⁴. Asimismo, no se discute en apelación la configuración de la premisa fáctica, toda vez que la sentencia no puede ser objeto de examen *questio facti*, ya que el componente referido a los hechos de la sentencia ha quedado fijado en primera instancia¹³⁸⁵.

Adicionalmente, al sistema de tasas judiciales existente para acceder al proceso civil, se debe sumar la necesidad de volver a depositar una tasa para la presentación de la apelación, incluso más alta que la de primera instancia, lo que supone un desincentivo a las apelaciones temerarias¹³⁸⁶.

b) Sistema de precedentes: tal como se señaló en el Parte Tercera, el esquema de las fuentes del derecho, en especial la doctrina del *stare decicis* y el precedente judicial obligatorio, juegan un rol relevante en este sentido¹³⁸⁷. Bajo la idea del precedente vertical las decisiones contendidas en la *ratio decidendi* de las sentencias de las Cortes de mayor jerarquía deben ser observadas y seguidas de forma vinculante por los tribunales inferiores¹³⁸⁸. De esta manera, en sus sentencias se debe seguir una determinada línea jurisprudencial trazada aguas arriba, por ello el régimen de apelación es restringido en función de que si la decisión del tribunal inferior es concordante con la dotrina de la Corte que oficia de superior jerárquica las posibilidades de que la sentencia sea revertida por esta son escasas¹³⁸⁹.

De esta manera, los casos que podrían subir en apelación serían aquellos en que el tribunal se haya apartado de la doctrina del precedente, o que exista una legítima duda respecto a una cuestión de derecho aplicable al caso, atendido, por ejemplo,

¹³⁸² *Pozzoli SPA v BDMO SPA* [2007] EWCA Civ 588 párrafo 8. *Colley v Council for Licensed Conveyancers* [2001] EWCA Civ 1137 párrafo 31: Lord Morrit: “no hay ninguna restricción sustancial y ciertamente ninguna injusticia intrínseca en restringir el derecho a apelar, pues no existe razón en justiciar para que una persona tenga derecho a ocupar el tiempo de la Corte dos veces, y poner a la contraparte en gastos y molestias, al conducir una apelación que no tiene un real prospecto de éxito y no hay una razón para que deba ser oída”.

¹³⁸³ CPR r. 52.13

¹³⁸⁴ VON MOSCHZISKER, Robert. Op. Cit. p. 410.

¹³⁸⁵ MARTINEAU, Robert. Op. Cit. p. 170.

¹³⁸⁶ CPR r. 43.2(1)(a).

¹³⁸⁷ Véase *supra* Parte Tercera 1.2.

¹³⁸⁸ Véase *supra* Parte Tercera 1.2. WHITTAKER, Simon. Op. Cit. p. 714.

¹³⁸⁹ CROSS, Rupert y HARRIS, Jim. Op. Cit. p. 11.

la superposición o contradicción de dos precedentes¹³⁹⁰. Si se considera que por regla generalísima no es posible una revisión de los hechos en la apelación, tampoco resulta procedente apelar fundado en un error de hecho del tribunal inferior¹³⁹¹.

- c) Interpretación del derecho al recurso: otra idea importante que ayuda a comprender la posibilidad de que las resoluciones no requieran la firmeza para producir cosa juzgada en relación con los recursos, y que explica que éstos sean mucho menos frecuentes en el derecho del *common law* que en su contraparte continental, especialmente en Europa, es la interpretación que se da al denominado “derecho al recurso” como parte del catálogo de garantías judiciales de un debido proceso o, en términos de la CEHD el “juicio justo o equitativo”. En ese sentido la idea que prima en el derecho inglés es que no existe un “derecho a la revisión del fallo”, ni en materia penal ni menos en civil, al menos no en abstracto y contenido dentro de la CEDH¹³⁹². La doctrina ha señalado que de los casos *Delcourt v Bélgica* y *Fayet v Reino Unido*¹³⁹³ se sostiene que el artículo 6 no impone a los Estados el deber de contar con un mecanismo de revisión del contenido de la sentencia, ni con la forma de apelación o algún otro, sino que el control ejercido por la publicidad y apertura de la justicia, la oralidad y obligación de dar razones para la toma de decisión suponen un control adecuado de las garantías judiciales¹³⁹⁴. Se complementa esta idea señalando que, en todo caso, si el ordenamiento jurídico decide, sin estar obligado, a consagrar estas vías de revisión vertical mediante recursos, todas las garantías del artículo 6 de la Convención deberán también aplicarse en ese segundo estadio de enjuiciamiento¹³⁹⁵.

¹³⁹⁰ *Swain v Hillman* [2001] 1 ALL ER 91.

¹³⁹¹ La única excepción entregada por la corte es cuando una cuestión de hecho integra un supuesto de aplicación de una norma de derecho. *M (Children)* [2013] EWCA Civ 1170. Véase También: *Geogas SA v. Trammo Gas Limited (The Baleares)* [1993] 1 Ll Rep 215. *Cie Noga d'Importation et d'Exportation SA v Australia and New Zealand Banking Group Ltd and others* [2002] EWCA Civ 1142.

¹³⁹² Téngase presente que, en Reino Unido, dado que no existe una constitución escrita que regula la fuerza y jerarquía de los tratados internacionales, éstos nunca son materialmente efectivos por sí mismos, sino que debe dictarse una ley estatutaria (*ACT*) que copia el contenido del tratado y lo hace obligatorio en tanto acto del Parlamento. En este caso la *Human Rights Act 1998*.

¹³⁹³ *Delcourt v Belgica* (1970) ECHR Párrafo 25. *Fayet v Reino Unido* (1995) ECHR párrafo 65; más recientemente *Lalmahomed v Países Bajos* (2011) ECHR Párrafo 34.

¹³⁹⁴ NOBLES, Richard y SCHIFF, David. Op. Cit. p. 678. ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 1118.

¹³⁹⁵ *Hirvisaari v Finlandia* (2001) ECHR. ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 1118.

Esta idea, que puede parecer ajena a la tradición continental e incluso a la dogmática española sujeta a la misma CEDH, tiene un gran arraigo en la cultura jurídica británica y cuenta con importantes defensores¹³⁹⁶. Se señala que al no imponerse la necesidad de revisiones por la vía de los recursos se privilegia la consistencia del sistema de justicia y la certeza legal entregada por las decisiones en primera instancia. Asimismo, se evita la posible dispersión de opiniones de cortes aguas arriba y, sobre todo, se mantiene el juzgamiento en plazos razonables, que es un mandato que sí este contenido en el artículo 6 de la Convención¹³⁹⁷.

De esta forma, la apelación se presenta como una situación excepcional, no pudiendo supeditar uno de los efectos más relevantes de la sentencia a una eventualidad.

Como consecuencia de lo anterior, debe señalarse que la cosa juzgada, particularmente aquella amparada como un *estoppel* excluyente, contiene en el derecho inglés una parte de la idea continental de litispendencia. Lo anterior, pues en el caso chileno -y español en términos muy similares- se verifica la litispendencia cuando existen identidad de determinados elementos comunes con la cosa juzgada en tanto objeto y sujetos, respecto de dos procedimientos que se encuentran en actual tramitación, particularmente en el caso de que existe uno en el que se ha configurado la existencia del proceso con anterioridad¹³⁹⁸. Esta idea de prevención de un proceso respecto del otro se extiende desde que se ha notificado la demanda hasta antes, precisamente, de la firmeza de la resolución, momento tras el cual desaparecerá la litispendencia y aparecerá la cosa juzgada¹³⁹⁹.

Pues bien, en su contraparte anglosajona, la litispendencia *-lispensens-* existe, pero solo respecto de procesos paralelos en los que en ninguno se ha dictado una sentencia, independiente de si es o no apelable¹⁴⁰⁰, por lo que la procedencia de la institución se reduce al espacio entre la notificación de la demanda hasta antes de que se dicta la

¹³⁹⁶ ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 1114.

¹³⁹⁷ Ibid. p. 1115.

¹³⁹⁸ Art. 303 N°3 del CPC chileno. Art. 410 y siguientes de la LEC española.

¹³⁹⁹ RIED UNDURRAGA, Ignacio. Op. Cit. p. 210. AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 395.

¹⁴⁰⁰ SODERLUND, Christer. Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings. Journal of International Arbitration. Vol. 22. N° 4. 2005. pp. 305. PALSSON, Lennart. Institute of Lis Pendens in International Civil Procedure. Scandinavian Studies in Law. Vol. 14. 1970. pp. 60-61.

sentencia, pues ahí, ya se ha configurado la *res judicata*, sea como *estoppel*, sea como *merger*.

De la misma manera, se abre la pregunta respecto a la ejecución provisional en ambos sistemas, cuando no existe el concepto exacto de firmeza dentro de la cultura normativa procesal. En ese sentido la regla contenida en el CPR 40.7 (1), resulta nuevamente definitiva, pues el fallo se vuelve eficaz tan pronto es dictado, por lo que es perfectamente ejecutable en forma instantánea, independiente de que exista la posibilidad de ser apelado o incluso, si ya se hubiere recurrido, si la apelación se encontrare pendiente. En tal sentido, a diferencia de lo que ocurre en países del derecho continental como España, no existe una idea propiamente tal de “ejecución provisional”. Esta inexistencia, se fundamenta en que la forma en la que está diseñado el sistema refuerza el poder definitivo de la decisión de primera instancia, lo que, sumado a la ya mencionada infrecuencia de los recursos, redundando en que no puede hablarse verdaderamente de una “provisionalidad” en la ejecución, sino que simplemente de ejecución *-enforcement-* pues es el mismo procedimiento ya sea que dicha ejecución se inicie con o sin la interposición de recursos (o estando éstos pendientes)¹⁴⁰¹.

En tal sentido, la ejecución provisional se hace innecesaria por dos razones: en primer lugar, existe un fuerte y bien regulado sistema de medidas cautelares¹⁴⁰², en las que en el caso de existir peligro en la dispersión de bienes se suele dictar una *interim injunction* para caucionar los resultados del juicio. En segundo término, la tasa de apelación -y de eventual *overruling-* es estadísticamente muy baja, lo que no justifica siquiera que se cree una institucionalidad y regulación provisional, sino que simplemente se apliquen las reglas comunes del *enforcement*¹⁴⁰³. Por el contrario, lo que sí existe como una excepción es la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución por existir recursos pendientes en su contra, la que, siendo infrecuente, puede concederse discrecionalmente por parte de la Corte conforme lo dispuesto en el CPR 40.8A and 83.7¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰¹ KENNETT, Wendy. Removal of exequatur in England and Wales. Cardiff University Papers. Cardiff. pp. 1-3.

¹⁴⁰² DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. Op. Cit. pp. 180-182.

¹⁴⁰³ KENNETT, Wendy. Op. Cit. p. 4

¹⁴⁰⁴ CPR r.40.8A “Sin perjuicio de la regla 83.7(1) la parte contra la que ha dictado una sentencia o hecho una orden puede solicitar: a) la suspensión de la ejecución b) otro remedio, fundado en que desde la fecha de la sentencia o la orden han ocurrido cuestiones que lo dificultan. La Corte podrá otorgar dicha suspensión, y fijar sus términos si es que lo considera justo” del original “Without prejudice to rule 83.7(1), a party against whom a judgment has been given or an order made may apply to the court for— (a) a stay of execution of the judgment or order; or (b) other relief, on the ground of matters which have occurred

Por su parte, en la mayoría de los ordenamientos procesales continentales vigentes desde principios del siglo XX la idea es diametralmente la contraria, la ejecución es, por regla general, precedida de la firmeza, y la posibilidad de una satisfacción provisional es la excepción. En tal sentido, por ejemplo, ocurre en Chile, atendidas las reglas del artículo 233 del CPC actualmente vigente. Con todo, cabe hacer presente que el caso español es diferente, ya que en esta materia la LEC 2000 supuso un verdadero “cambio de mentalidad” respecto a su predecesora de 1881¹⁴⁰⁵. La intención de la ley reformada fue darle impulso a la sentencia de primera instancia, según lo disponen los artículos 526 y 527 de la norma, para pensar en las sentencias de primera instancia como “sentencias en principio eficaces y no en principio ineficaces”¹⁴⁰⁶, de forma tal de permitir una ejecución aún pendiente la revisión de lo fallado en sede recursiva¹⁴⁰⁷. Destacamos este caso pues se trata, conforme a la doctrina especializada y a los propios motivos de la ley, de una respuesta dada por el legislador al problema del tiempo en la justicia civil, a la demora en la tutela judicial efectiva de los usuarios del sistema, que veían Como, muchas veces, la posibilidad de satisfacción de su crédito era burlada en sede de ejecución¹⁴⁰⁸.

Asimismo, corresponde destacar la influencia de esta reforma en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno, que establece específicamente en su Mensaje al Congreso Nacional, el reconocimiento del avance que supuso la LEC al señalar:

“A diferencia de lo que ocurre hoy, el proyecto consagra como principio y regla general, la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo. A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española, se le denomina “ejecución provisional” y ella viene a reemplazar el actual procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias. Se justifica en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales”.

since the date of the judgment or order, and the court may by order grant such relief, and on such terms, as it thinks just.”

¹⁴⁰⁵ ARMENTA DEU, Teresa. La ejecución provisional. Ed. La Ley. Madrid. 2000. pp. 13-14.

¹⁴⁰⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Criterios inspiradores e innovaciones principales. Revista Tribunales de justicia. N° 2. 2000. 135.

¹⁴⁰⁷ Ibid..

¹⁴⁰⁸ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y PALOMO VELEZ, Diego. La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: La nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias. Ius et Praxis. Vol 12. N° 2. 2006. p. 130.

1.2.2.- ALCANCE OBJETIVO

Desde la perspectiva objetiva de comparación entre dos procesos para fines de determinar la procedencia de la cosa juzgada las tradiciones del *common law* y el derecho continental han tenido una evolución diversa. En el derecho civil, especialmente después de la dictación del *Code Civil* francés de 1804, surgió la idea, de la mano de POTHIER, de la configuración de la cosa juzgada al alero de la teoría de la triple identidad, que divide la cosa juzgada en sujetos, cosa pedida y causa de pedir¹⁴⁰⁹. Desde esa perspectiva, los denominados “límites objetivos” de la cosa juzgada son el objeto pedido y la causa por la cual se pide. Sin perjuicio que, durante el siglo XX, y lo que va recorrido del XXI, esta noción ha sido revisitada y cuestionada por la doctrina, sigue siendo la norma imperante en la mayoría de los códigos y leyes procesales en Europa continental y Latinoamérica¹⁴¹⁰. En tal sentido, se destaca como una notable excepción la reconfiguración que la LEC española de 2000 ha dado a la triple identidad, suprimiendo división tripartita y concentrando en el objeto del proceso, como un concepto amplio, lo que generalmente se dividía en causa de pedir y objeto pedido¹⁴¹¹.

En el derecho anglosajón existe un análisis objetivo y subjetivo, pero nunca se ha establecido una teoría similar a la triple identidad, al menos no con esa fisonomía, ni en doctrina ni en jurisprudencia. El concepto central en base al cual se compara el contenido de dos procesos es el de *cause of action*, el que no tiene tampoco una definición unívoca, pero del que se entiende es el antecedente fáctico cuyas consecuencias jurídicas permiten la reivindicación judicial de un derecho o la solicitud de un remedio o reparación jurisdiccional¹⁴¹².

El concepto de *cause of action* es la base de todas las doctrinas asociadas a la preclusión en el derecho inglés, principalmente aquella asociada a los efectos excluyentes de la cosa juzgada, como son el *cause of action estoppel* y la doctrina *merger*. La idea central de ambas doctrinas es la misma, evitar la repetición de un proceso, y la dictación de una sentencia, mediante la reutilización de la misma causa. Lo anterior supone que quien ejerce una acción ante los tribunales civiles debe ejercer en una misma y única

¹⁴⁰⁹ GUASP DELGADO, Jaime. Op. cit. p. 520. En Argentina véase ALSINA, Hugo. Op. Cit. p. 135. En México véase BECERRA BAUTISTA, José. Op. Cit. p. 215. En Chile véase ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La Cosa Juzgada... Op. Cit. p. 54.

¹⁴¹⁰ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La Cosa Juzgada...Op. Cit. p. 54. BECERRA BAUTISTA, José. Op. Cit. p. 215.

¹⁴¹¹ CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Op. Cit. p. 258. En relación a los Arts. 222 y 400.1 de la LEC véase TAPIA FERNADEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 116.

¹⁴¹² Para una teorización detallada véase *supra* Parte Tercera 2.1.1.

oportunidad todas las posibles solicitudes emanadas de la misma *cause of action*, pues todas aquellas que no se ejerzan quedarán de todos modos cubiertas por la *res judicata*¹⁴¹³.

En este entendido, no es lo más relevante lo que se pide, sino de donde emana el derecho a pedirlo, es decir, por qué se pide. Lo anterior no significa, empero, que no haya un “objeto pedido”, que podría ser el bien solicitado o la cantidad de dinero que se pide en compensación de un daño, sino que se entiende que una determinada *cause of action* contiene, *per se*, todos los objetos cuya tutela podría solicitarse, independiente de que se hagan o no valer en el proceso, y que una vez que se litiga respecto de esa causa de acción se debe entender que se han litigado todos los objetos pedidos que emanan de dicha causa, lo que, incluso incluye el daño futuro¹⁴¹⁴. Así, lo que se compara no es “el objeto pedido”, sino si ese “objeto” -cualquiera que sea- emana de la misma *cause of action*, donde radica realmente el ejercicio de correlación.

Naturalmente, esta noción supone una idea mucho más amplia del componente objetivo de la cosa juzgada, toda vez que quedarían cubiertos bajo el *cause of action estoppel* o el *merger* una gran cantidad de supuestos que no quedarían cubiertos bajo la idea tradicional de triple identidad continental.

Para clarificar esta idea, veamos los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1:

El sujeto A es víctima de un daño sufrido mientras transitaba por la calle, debido al descuidado manejo de una escalera por parte del sujeto B, un instalador de servicios de electricidad. En el juicio 1 el sujeto A interpone una acción de indemnización de perjuicios por la que demanda a B 25.000 euros de daño emergente que los cuidados médicos derivados del accidente. La sentencia desestima la demanda pues considera que el daño demandado no es efectivo, toda vez que la atención de A estuvo cubierta por un seguro de salud, no debiendo incurrir en una disminución patrimonial efectiva por parte de A.

En un juicio 2, el sujeto A demanda el daño moral que el accidente le ha generado, solicitando de B una indemnización por 15.000 euros.

Bajo las reglas del derecho chileno, y las de la mayoría de los países de tradición continental, salvo España (si se entiende que el art. 400.1 alcanza todo el petitum), el segundo juicio puede llevarse a cabo, y en el evento de interponerse una defensa o excepción de cosa juzgada (excluyente) el juez considerará que el objeto pedido es distinto (cosa pedida) pues se trata daños distintos de naturaleza diversa -patrimonial el primero, y extrapatrimonial el segundo-

Por su parte un juez del *common law* ordenará -a instancia de parte- que el procedimiento se detenga declarando la inadmisión de la demanda si es que se ha invocado el *cause of action*

¹⁴¹³ Para una teorización detallada véase *supra* Parte Tercera 2.1.1 y 2.1.2

¹⁴¹⁴ *Curwen v James* [1963] 1 W.L.R. 748 Lord Pearce Párrafo 755.

estoppel por parte del demandando, ya que ambos daños, de naturaleza diversa, tienen su origen en la misma *cause of action*, y debieron haber sido ejercidos conjuntamente. Además, en caso de que no se haga valer al defensa de la causa of action estoppel, podría verificarse una hipótesis, discrecional, de aplicación oficiosa del abuso del proceso.

Ejemplo 2

El sujeto A es víctima de un accidente de tráfico producto de la presunta negligencia de B mientras conducía su vehículo. En juicio 1 A demanda respecto de B 25.000 euros de indemnización de daño emergente, el que consta mediante recibos facturas médicas, y 15.000 euros de daño moral. La sentencia acoge parcialmente la demanda, concediendo 20.000 euros de daño emergente y 10.000 euros de daño moral.

En juicio 2 el sujeto A, habiendo transcurrido dos años desde el accidente, decide demandar el lucro cesante que la incapacidad para realizar su antiguo trabajo le ha generado, así como la que le seguirá generando en el futuro. Una lesión al pie derecho le impedirá conducir, y no podrá desempeñar su oficio de conductor de taxi. La demanda de A respecto de B es de 40.000 euros.

Bajo las reglas del derecho chileno, y las de la mayoría de los países de tradición continental, salvo España (si se entiende que el art. 400.1 alcanza todo el petitum), el segundo juicio puede llevarse a cabo, y en el evento de interponerse una defensa o excepción de cosa juzgada (excluyente) el juez considerará que el objeto pedido es distinto (cosa pedida) pues se trata daños distintos, incluido el daño futuro.

Por su parte un juez del *common law* ordenará – a instancia de parte- que el procedimiento se detenga, declarando la inadmisión de la demanda si es que se ha invocado la doctrina *merger* por parte del demandando, ya que ambos daños, tienen su origen en la misma *cause of action*, y debieron haber sido ejercidos conjuntamente, de forma que el tribunal pudiera avaluar la cuantía total de dichos daños, aunque fueren futuros, al momento de la primera sentencia.

Asimismo, en el derecho inglés la doctrina *Henderson* ha supuesto una expansión aun mayor de los efectos de la sentencia en tanto inhibición de segundos procesos¹⁴¹⁵, consagrando de forma expresa el contenido material del efecto preclusivo a todas aquellas cuestiones que fueron litigadas, pero, además, todas las que pudieron y debieron haberse hecho valer sin que mediare negligencia del demandante¹⁴¹⁶. Así. En el *cause of action* estoppel como en *merger* el foco de atención se fija en las pretensiones que se hicieron valer, e incluso las que pudieron haberse hecho valer porque emanaban de la misma *cause of action*, mientras que en *Henderson* se apunta a las pretensiones que se hicieron valer, y aquellas que podrían haberse hecho valer, con razonable diligencia, aunque emanara de causas distintas, pero habría sido conveniente litigar juntas¹⁴¹⁷.

Como parte de este ejercicio es posible señalar que la doctrina del *abuse of process*, desde una perspectiva objetiva, tiene una similitud con la regla del art. 400.1 de la LEC

¹⁴¹⁵ *Henderson v Henderson* (1843) 3 Hare 100.

¹⁴¹⁶ HEMSWORTH, Margaret. Op. Cit. p. 75.

¹⁴¹⁷ *Johnson v Gore Wood & Co (No.1)* [2002] 2 A.C. 1.

española, en el entendido que se hace extensiva “la cosa juzgada” a “*Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior*”. Sin perjuicio de que esta norma ha generado discrepancias en cuanto a su naturaleza relacionada con la cosa juzgada o al principio de preclusión¹⁴¹⁸, y haya interpretaciones restrictivas por parte del Tribunal Supremo español¹⁴¹⁹, parece del todo conveniente comentar que supone una decisión del legislador análoga a la que han tenido las Cortes inglesas, en el entendido de crear un objeto ficto de litigación y una verdadera “cosa juzgada virtual”, siendo una norma pionera en toda la tradición del derecho procesal continental¹⁴²⁰.

Otra diferencia importante entre ambas regulaciones de la cosa juzgada es el efecto positivo. En el derecho continental la idea de efecto positivo o prejudicial aún no se considera de aplicación uniforme, está reconocido específicamente en leyes procesales modernas, como la española o la portuguesa¹⁴²¹, y se ha descrito doctrinariamente en Alemania y algunos países latinoamericanos, pero aún no es considerada en Francia¹⁴²², Italia y los códigos procesales tradicionales, como el CPC chileno, no se refieren a ella en caso alguno¹⁴²³. En general, la idea de cosa juzgada positiva o prejudicial supone reconocer que la cosa juzgada no es subsumible dentro de la idea de triple identidad, pues generalmente el componente objetivo no será idéntico, sino conexo o dependiente entre procesos, por lo que aquellos países que aún siguen aquella idea tripartita encontrarán dificultades en su reconocimiento y operatividad¹⁴²⁴.

Por su parte, en el derecho inglés la institución más relevante es el *issue estoppel*, que impide la doble litigación de algún “*issue*” de hecho o de derecho en el segundo proceso, cuando este ya ha sido decidido en un proceso previo entre las mismas partes¹⁴²⁵. La idea detrás de esta hebra de la cosa juzgada es evitar que se haya repita una decisión que puede

¹⁴¹⁸ VALLINES GARCIA, Enrique. Op. Cit. p. 3181.

¹⁴¹⁹ STS1.ª 768/2013, de 5 de diciembre (recurso 1708/2011); STC 71/2010, de 18 de octubre.

¹⁴²⁰ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. De la Oliva Santos, Andrés. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 79.

¹⁴²¹ Art. 222.4 LEC. Art. 619 PCPC

¹⁴²² HÉRON, Jacques y LE BARS, Thierry. Droit judiciaire privé. Broché. Paris. 2012. p 346.

¹⁴²³ ROMERO SEQUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 93. En el mismo sentido, RIVERO HURTADO, Renée. Óp. cit., p. 97.

¹⁴²⁴ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 226. Para un desarrollo detallado véase Parte Segunda 2.3.

¹⁴²⁵ Para un desarrollo completo véase *supra* Parte Tercera 2.1.1.2.

ser contradictoria respecto de la que se tomó originalmente sobre el mismo punto, siempre que ese punto haya sido relevante en la primera sentencia y que haya sido efectivamente litigado.

Desde una perspectiva comparada el efecto positivo de la cosa juzgada y el *issue estoppel* confluyen como herramientas similares, cumplen la misma función y protegen los mismos intereses¹⁴²⁶. Por ello, los requisitos que la literatura respectiva ha establecido tienden a identificarse, especialmente el que se trata de asuntos decididos en la primera sentencia que sean fundamentales en ambos procesos, aunque no exista la misma causa de pedir ni el mismo objeto – *cause of action*-. Sin embargo, y pese a ser las instituciones más similares, mantienen diferencias derivadas del origen e implementación jurisprudencial del *issue estoppel*. Estas diferencias se centran en que el *issue estoppel* puede incluir incluso decisiones implícitas contenidas en la sentencia original (*inferred judicial determinations*)¹⁴²⁷, lo que no sería aplicable al efecto positivo de la cosa juzgada en aquellos países que la reconocen, y, en segundo término, el que no hay una aplicación confinada a las partes del primer proceso, es decir, el efecto *inter partes* se encuentra disminuido para la aplicación del *issue estoppel*, tal como se explica en el apartado siguiente.

1.2.3.- ALCANCE SUBJETIVO

En cuanto al alcance subjetivo, entendido en el derecho continental como el “límite subjetivo de la cosa juzgada” existe una diferencia marcada por la rigidez con la que se ha aplicado la regla de efecto relativo de la *res judicata*. En el derecho continental europeo y latinoamericano aun la regla general es el efecto *inter partes* de la cosa juzgada, justificado en el efecto relativo de las sentencias, el principio de audiencia, la tutela judicial efectiva y el derecho a defensa¹⁴²⁸. Aún se mantienen como excepcional la posibilidad de un efecto extensivo, el que ha sido calificado más como un efecto extensivo de la sentencia que de la propia cosa juzgada, toda vez que esta queda monolíticamente contenida en la relación de quienes fueron partes¹⁴²⁹.

A su turno, en el derecho del *common law* la *res judicata* sigue la regla del *mutuality*, equivalente del efecto *inter partes*, sigue siendo la regla general, pero el concepto de partes es mucho más amplio que en su contrafaz continental, especialmente a través de la

¹⁴²⁶ Para un desarrollo completo véase *supra* Parte Tercera 2.1.1.2 y Parte Primera 1.3.1.

¹⁴²⁷ HANDLEY, K.R. Spencer Bower. Op. Cit. 8.07. p. 106.

¹⁴²⁸ Véase *supra* Parte Segunda 2.2.1.1

¹⁴²⁹ ALLORIO, Enrico. Op. Cit. p. 106. ROSENDE VILLAR, Cecilia. Op. Cit. p. 494.

idea de “*privy*”, que expande el concepto de parte a sujetos a quienes la decisión les afecta en motivo de una ligación de sucesión, título o interés, viéndose alcanzando por los efectos preclusivos de la cosa juzgada, particularmente excluyente¹⁴³⁰. El concepto de *privy*, en sí mismo, resulta complejo y su determinación es una cuestión normativa a cargo de las Cortes, especialmente el de *privy of interest*, en el que, si se estima que un sujeto tenía un interés derivado del litigio, tanto con el objeto del proceso o como consecuencia de una relación jurídica vinculada o dependiente con una de las partes, quedará alcanzado por el efecto de la cosa juzgada¹⁴³¹.

Ejemplo de *cause of action* y *privy*.

Ejemplo 3

Producto de un supuesto incumplimiento del contrato “CR1” en el juicio 1 la Compañía A demanda a la Compañía B el pago de una indemnización de perjuicios por 5 millones de euros. La sentencia desestima la pretensión fundada en que no se ha podido probar culpa o negligencia por parte de la Compañía B. En el juicio 2, la Compañía 3, que es la matriz internacional de la Compañía B, demanda el mismo perjuicio respecto de B, en su calidad de beneficiario final de las obligaciones del contrato “CR1”. La Compañía B como demandada alega la defensa o excepción de cosa juzgada.

Bajo las reglas del derecho chileno, y las de la mayoría de los países de tradición continental, incluso en España, el juicio 2 no está cubierto por la excepción de cosa juzgada pues no es claro que exista identidad de personas, ya que ambas Compañías demandantes son personas jurídicas diversas y por lo tanto sujeto procesales diferentes, aunque la causa de pedir y la cosa pedida sean las mismas.

Por su parte, para un juez del *common law* la defensa esgrimida por la Compañía B podría acogerse, si es que se entiende por parte de la Corte que existe entre las Compañías A y C una relación de *privy*, en este caso por interés, sumado a que es la misma *cause of action*.

Asimismo, en Reino Unido la idea de *mutuality* está en crisis, ya que se han presentado casos en los que se ha aconsejado dejarla de lado en el caso específico, e incluso ha sido abandonada en algunas jurisdicciones del *common law*, como Estados Unidos, y reemplazada por un test de conveniencia y justicia, en el que se ponderan todos los intereses en juego para determinar si se aplica o no el límite subjetivo¹⁴³².

En ese entendido, la regla del *mutuality* aún se mantiene como principio general respecto del efecto excluyente o negativo, pero se ha abandonado progresivamente respecto del *issue estoppel*.

¹⁴³⁰ Véase *supra* Parte Tercera 2.1.1.

¹⁴³¹ *Resolution Chemicals Ltd v H Lundbeck A/S* [2013] EWCA Civ 924.

¹⁴³² *Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav* 22 Ill.19 Cal.2d 807, 122 P.2d 892 (1942).

Adicionalmente, cabe señalar que además de extensión de los efectos preclusivos en sentido amplio, aunque no se consideren en sentido técnico cosa juzgada, se han extendido a terceros, incluso más allá de concepto de *privies*, cuando se aplica la doctrina *abuse of process* (o doctrina *Henderson*)¹⁴³³, en la que existe una idea cada vez más constante y uniforme de permitir que un tercero ajeno al primer juicio se beneficie del efecto preclusivo, entendiéndose que la doctrina del abuso del proceso emana de un poder distinto de los jueces (*inherent jurisdiction*) y que su aplicación no está constreñida a los límites de la *res judicata*.

Ejemplo de *issue estoppel* expansivo intersubjetivamente

Ejemplo 4:

El sujeto A es pasajero de un autobús interprovincial que sufre un accidente de tráfico. El sujeto A demanda al sujeto B, conductor, que es también el propietario, por los daños materiales y morales sufridos en el accidente. La demanda es por la suma de 25.000 euros.

En el juicio 1 la sentencia determina que el día X en el camino Y el autobús de B sufrió un accidente a la hora H, debido a la conducción imprudente de B, lo que ha quedado fehacientemente demostrado en el proceso de acuerdo con la prueba rendida. La sentencia estima la pretensión de A y le confiere una indemnización de 25.000 euros.

En un juicio 2, C, otro pasajero del mismo autobús, interpone acción indemnizatoria contra B fundado en los daños materiales y morales sufridos en el mismo accidente que estima en 18.000 euros.

En un juicio 3, P, el organismo público encargado de la infraestructura de carreteras y autovías, interpone acción indemnizatoria contra B fundado en los daños morales derivados de la ruptura de las barreras de contención ubicadas en el lugar del accidente.

Bajo las reglas del derecho chileno, y las de la mayoría de los países de tradición continental, incluso en España, el juicio 2 y 3 deben llevarse a cabo y podrán aceptarse cualquier alegación del demandado respecto a las circunstancias del accidente, tanto su existencia, su intensidad, el factor de atribución -negligencia o culpa- etc. Si los tribunales son distintos o los medios de prueba varían, podría llegarse a resultados diversos, especialmente respecto del accidente y sus circunstancias.

Por su parte un juez del *common law* podría no admitir estas defensas si estima que es aplicable la doctrina del *issue estoppel*, ya que una sentencia final y sobre el fondo ya ha determinado que el accidente se produjo y las circunstancias en que ello ocurrió, por lo que el proceso deberá versar solo respecto de aquello que sea diverso entre los procesos, por ejemplo, el daño sufrido por cada demandante.

¹⁴³³ HEMSWORTH, Margaret. Op. Cit. p. 80.

Ejemplo de *cause of action*, *issue estoppel* y *abuse of process*

Ejemplo 5:

El sujeto A es víctima de un daño sufrido mientras transitaba por la calle, debido al supuesto manejo descuidado de una escalera por parte del sujeto B, un instalador de servicios de electricidad. En el juicio 1 el sujeto A interpone una acción de indemnización de perjuicios por la que demanda a B 25.000 euros de daños morales y patrimoniales derivados del accidente. La sentencia desestima la demanda pues considera que no ha existido negligencia del sujeto B, sino que un actuar descuidado del sujeto A al transitar por la calle pendiente de su teléfono móvil.

En un juicio 2, el sujeto A demanda respecto de C, la compañía empleadora del sujeto B, una indemnización de 25.000 euros fundado en el estatuto de responsabilidad vicaria que la empresa tiene respecto de los hechos de su dependiente cometidos con ocasión de su trabajo.

Bajo las reglas del derecho chileno, y las de la mayoría de los países de tradición continental, el segundo juicio puede llevarse a cabo, y en el evento de interponerse una defensa o excepción de cosa juzgada (excluyente) el juez considerará que se trata de sujetos distintos y no podrá acoger la defensa.

Por su parte un juez del *common law* ordenará que el procedimiento se detenga declarando la inadmisión de la demanda en cualquiera de estas hipótesis:

- a) Si el tribunal estima que entre el sujeto B y la Compañía C existe una relación de *privy* (por título o por interés) aplicará la *cause of action estoppel*, pues existirá identidad de partes (*mutuality*) e identidad de *cause of action*.
- b) Si el tribunal no entendiera que existe una relación de *privy* entre B y C, podría acoger la defensa de *issue estoppel*, entendiendo que son sujetos distintos, pero que todo lo relativo al accidente ya ha sido zanjado en una sentencia previa, en la que se ha establecido la culpa del demandante. Con ello ninguna de las cuestiones relativas al accidente será objeto del juicio, y la demanda se rechazará en el fondo, al tenerse por acreditada la culpa de la víctima y no la del sujeto B, que es presupuesto de la responsabilidad vicaria de C.
- c) Si el juez no considera ni A ni B, siempre podrá hacer uso, incluso de oficio, de la doctrina del *abuse of process*, si es que considera la actitud procesal del demandante como dolosa o abusiva, al dividir las demandas que podrían haberse interpuesto conjuntamente, aunque sea contra sujetos distintos, con el objetivo de proteger el sistema y el uso de los recursos estatales, así como los intereses de los demandados ante una actitud imprudente de la víctima.

1.2.4.- RIGIDEZ DE LA DOCTRINA

Dentro de las diferencias más relevantes entre ambas tradiciones, emerge una que da cuenta del sistema jurídico en general, como reflejo de las fuentes de las cuales emanan las reglas que construyen el andamiaje de la cosa juzgada en cada jurisdicción. En el derecho continental la cosa juzgada es una regla indispensable del sistema procesal civil, y como consecuencia de ello se encuentra regulada legalmente, habitualmente en códigos procesales o leyes especialmente dedicadas a ello. Es por esto por lo que su aplicación por parte de los tribunales esta rígidamente mediada por la obligatoriedad de ley en tanto

base del ejercicio mismo de la jurisdicción, no pudiendo apartarse de esta aplicación por motivos de justicia o conveniencia¹⁴³⁴.

Por su parte, en el derecho del *common law* las reglas de la cosa juzgada, incluidas las de su extensión a través de la doctrina Henderson, son una construcción teórica y práctica de los tribunales, en tanto fuente formal y vinculante de derecho, que permite que la aplicación sea constante, pero sustancialmente menos rígida que en su contraparte continental¹⁴³⁵. De esta manera, es posible encontrar excepciones a la aplicación de las doctrinas de *cause of action*, *merger*, *issue estoppel* y *abuse of process*, que han sido creadas por la misma jurisprudencia y que se han solidificado a través del precedente. De esta manera existen casos en que la *res judicata* no es aplicada, pese a concurrir todos sus requisitos¹⁴³⁶, por ejemplo, la *cause of action* no se aplicará, si es que el tribunal considera que ha habido alguna circunstancia excepcional, como un fraude o colusión, o que el *issue estoppel* no se hará efectivo si de su aplicación deriva “una grave injusticia para alguna de las partes”.

¹⁴³⁴ ATRIA LEMAITRE, Fernando. La Forma. Op. Cit. p. 151.

¹⁴³⁵ Véase *supra* Parte Tercera 2.1.

¹⁴³⁶ Asimismo, dentro de las doctrinas que componen la cosa juzgada las excepciones son más rígidas en el caso de la *cause of action* y el *merger*, y se flexibilizan en el caso del *issue estoppel* y el *abuse of process*.

CAPITULO II

HACIA UN CONCEPTO ACTUAL Y EXTENDIDO DE LA COSA JUZGADA PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN: *LEGE LATA* Y *LEGE FERENDA*

There is no certainty, only opportunity

Alan Moore, V for Vendetta (1988)

2.1. JUSTIFICACION DE POLÍTICA PÚBLICA Y SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

A juicio de esta investigación, el estudio de la cosa juzgada debería centrarse en buscar una fórmula de construcción teórica y consagración normativa que permita resguardar los intereses en función de los que orbita el proceso civil, y el sistema de justicia en general. Con lo anterior, pretendo señalar que el conjunto de reglas de clausura de un sistema de justicia debe ir en consonancia y armonía con el *ethos* que se atribuya al proceso civil. La definición, por diseño, de cuál es dicha función es una decisión de política pública estatal -atendida la esencial función que supone el proveer justicia como un servicio a la sociedad, que debe tomarse mediante instrumentos legislativos que suelen ir de la mano de reformas integrales que incluyen cambios constitucionales¹⁴³⁷.

En tal sentido, el estudio comparado ha evidenciado que han existido importantes reformas en la justicia civil, tanto en Reino Unido, como en España, Brasil, Portugal¹⁴³⁸, y Chile, y que en todos los casos se ha intentado dar un enfoque diverso, un paradigma nuevo respecto a la regulación que se ha pretendido derogar¹⁴³⁹. En todos esos procesos

¹⁴³⁷ CLERMONT, Kevin. Principles of civil Procedure. West Academic Publishing. Saint Paul. 2015. p. 35. ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 4. VAN RHE, Cornelius. European Traditions in Civil Procedure. Intersentia. Oxford. 2005. p.3

¹⁴³⁸ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 4. LEITÃO MARQUES, Maria Manuel, GOMES, Conceição, y PEDROSO, João. The Portuguese System of Civil Procedure. En: ZUCKERMAN, Adrian. (Coord) Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford University Press. Oxford. 1999. pp. 414-415. Para el caso chileno véase como obra compilatoria: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Palomo Vélez, D. (Coord.). Proceso civil. Hacia una nueva justicia. Editorial jurídica de Chile. Colección Estudios. Santiago. 2007.

¹⁴³⁹ En España: MONTERO AROCA, Juan. Los principios políticos. Op. Cit. pp. 30 y ss. En Inglaterra: ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 6. En Chile: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coord.). Op. Cit.

de reforma, se ha intentado dejar atrás un modelo exacerbadamente privatista, centrado en los intereses individuales de los litigantes, de época decimonónica y data previa a las actuales constituciones que consagran las propias garantías procesales que dicho proceso debe respetar y hacer efectivas¹⁴⁴⁰.

Es en ese contexto que la naturaleza dada por cada ordenamiento jurídico al proceso civil supone una serie de consecuencias en su enfoque, arquitectura, diseño de reglas y sistema de controles que redundan en las reglas que terminan la discusión de forma definitiva, es decir, la cosa juzgada. A continuación, se examinará la discusión sobre esta naturaleza y las consecuencias respecto del modelo de cosa juzgada en el marco de un giro de la justicia civil consistente en el distanciamiento del enfoque privado y su camino hacia la consagración de una concepción pública.

2.1.1.- NATURALEZA DEL PROCESO CIVIL, SERVICIO PÚBLICO O BIEN PRIVADO DISPONIBLE POR LAS PARTES

2.1.1.1 ANTECEDENTES GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO CIVIL

Tradicionalmente, durante el siglo XIX y la primera parte del siglo XX el proceso civil tuvo un enfoque privado, centrado principalmente en una cuestión perteneciente a las partes, en tanto dueñas -o titulares- de los intereses en liza y que se erigía bajo el paradigma de igualdad formal propio de la época, tanto en el derecho anglosajón como en el derecho continental europeo y latinoamericano¹⁴⁴¹. Esta idea del proceso civil se entiende como una proyección procesal, a los tribunales, del derecho civil sustantivo, cuyos principios inspiraron la codificación decimonónica y que se sostienen sobre un modelo de ciudadano formalmente igual¹⁴⁴², que goza de una posición negocial simétrica y que es entendido por el Estado como quien se encuentra en mejor posición para la defensa de sus intereses, pudiendo disponer de ellos libremente, con amplio margen de

¹⁴⁴⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Bosch. Barcelona. 1997. pp. 97-10. VAN RHEE, Cornelius. Civil justice in pursuit of efficiency. En UZELAC A. (Ed.). Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. No. 34. Springer. Dordrecht. pp. 61-63.

¹⁴⁴¹ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo. Op. Cit. p. 525.

¹⁴⁴² CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. Vol. 1, Ejea. Buenos Aires. 1981. pp. 404-405.

acción de la autonomía privada¹⁴⁴³, llegando a confundirse el dominio sobre la cosa litigada con el dominio respecto del proceso¹⁴⁴⁴.

Esta autonomía privada sustantiva se refleja en el gran principio informador del proceso civil, el principio dispositivo¹⁴⁴⁵. El proceso civil se erige como un sistema de resolución de disputas al que acude el sujeto que ha visto perjudicado algún interés, generalmente patrimonial, generándose un conflicto intersubjetivo por el quebrantamiento de una relación jurídica de derecho privado.

Bajo ese marco de acción, los códigos y leyes de enjuiciamiento civil consagran un modelo centrado en lo privado, en que las partes son dueñas de la pretensión, porque son dueñas de lo que dicha pretensión representa, y, en ejercicio de ese dominio, el proceso les reconoce amplísimas facultades¹⁴⁴⁶, diseñándose el procedimiento en función de ellas a través de reglas y principios procesales como el impulso o aportación de parte, la inhibición de facultades oficiosas o inquisitivas, la posibilidad de dividir o fraccionar una pretensión o diversas pretensiones que tengan un mismo origen, la posibilidad de suspender el procedimiento de común acuerdo, desistirse, allanarse o abandonarlo en cualquier momento para autoconvenir, sin importar el estado de avance del proceso ni los costos incurridos en su sustanciación¹⁴⁴⁷.

A ese respecto, la intervención del Estado respecto del control del proceso civil es excepcional y mirada con desconfianza¹⁴⁴⁸, y en lo relativo a la duplicidad de procesos entrega siempre la iniciativa a las partes para solicitar alguna medida que impida una doble perturbación o el riesgo de sentencias contradictorias, como ocurre con la cosa juzgada, la litispendencia y la acumulación de procesos.

Conforme avanzó el siglo XX en todas las jurisdicciones se verificó un aumento exponencial del uso de la justicia civil, así como un aumento de la judicialización de los

¹⁴⁴³ GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Op. Cit. p. 191.

¹⁴⁴⁴ MONTERO AROCA, Juan. Análisis crítico de la ley de enjuiciamiento civil en su centenario. Civitas. Madrid. 1982. p. 80.

¹⁴⁴⁵ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Op. Cit. pp. 27-28. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo. Op. Cit. p. 525.

¹⁴⁴⁶ 311. VAN RHEE, Cornelius. European Traditions. Op. Cit. p. 6.

¹⁴⁴⁷ Ibid. RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo. Op. Cit.

¹⁴⁴⁸ En ese sentido Manresa señalaba "la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial". MANRESA Y NAVARRO, José. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I. Madrid. 1881. p. 10.

conflictos civiles¹⁴⁴⁹. Ya no se trata de determinados sujetos¹⁴⁵⁰ que concurren a los tribunales a solucionar una disputa, sino que existe una conciencia en la ciudadanía en general de la existencia de un ente imparcial que resuelve sus disputas, y una creciente demanda de justicia¹⁴⁵¹. Este aumento de requerimientos ante la justicia civil produjo una serie de problemas asociados al costo, tanto para las partes como para el Estado, el tiempo y la enorme dilación de un sistema que no tiene medios suficientes para cumplir con la creciente demanda y la constante sensación de insatisfacción de los justiciables, sumado a la lejanía del lenguaje tecnicado propio de los tribunales¹⁴⁵².

Como reacción en diversas jurisdicciones se implementaron sistemas colaborativos y alternativos de resolución de disputas (ADR), principalmente originados en Estados Unidos y otras jurisdicciones del *common law*, con el objetivo de descongestionar los tribunales civiles, promover el acuerdo directo entre las partes y acercar la solución a los ciudadanos, al entregarles un rol protagónico en la solución de sus conflictos civiles¹⁴⁵³.

Sin perjuicio de ello, en las dos últimas décadas del siglo pasado la mayoría de los Estados de Europa y posteriormente de América latina, dieron cuenta de que el diseño centenario de su proceso civil no solo no era capaz de resolver los problemas de tiempo, costo y justicia, sino que además se encontraba profundamente dissociado de los principios actuales que inspiran la justicia¹⁴⁵⁴, especialmente en el proceso penal, donde la oralidad la inmediación y la libertad de prueba emergieron como un cambio indispensable para una justicia moderna.

¹⁴⁴⁹ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 7. En el mismo sentido puede destacarse el análisis de Peña Adasme en su investigación doctoral, véase: PEÑA, Andrés. La Flexibilidad del procedimiento civil: una reconstrucción teórica. 2018. Tesis Doctoral. Universidad Pompeu Fabra. 2018. pp. 73-88

¹⁴⁵⁰ Principalmente hombres, propietarios y jefes de familia.

¹⁴⁵¹ MONTERO AROCA, Juan. Los principios políticos. Op. Cit. pp. 30 y ss. En Inglaterra: ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 6. En Chile: GARCIA, José; LETURIA, Francisco. Op. Cit. pp. 350-355.

¹⁴⁵² ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 6. RIEGO RAMIREZ, Cristián y LILLO LOBOS, Ricardo. ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la Justicia Civil en Chile? Aportes para la Reforma. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 25. pp. 12-20. GENN, Hazel. Op. Cit. p. 53.

¹⁴⁵³ TWINING, William. Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics. The Modern Law Review. Vol. 56. 1993. pp. 380-385. En español véase la notable obra de Barona. BARONA VILAR, Silvia. Nociones y Principios de las ADR. (Solución Extrajurisdiccional de Conflictos). Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. pp. 17-30.

¹⁴⁵⁴ Para un estudio empírico con destacadas referencias al derecho comparado y su proceso de reformas véase: LILLO LOBOS, Ricardo. La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). Revista Chilena de Derecho. Vol. 47. N° 1. 2020. pp. 119-157.

Asimismo, existía un atraso respecto a los avances tecnológicos y medios de prueba disponibles para la sustanciación del proceso, especialmente respecto de expedientes escritos ante la inminente llegada de internet y la disponibilidad de medios de prueba telemáticos o digitales¹⁴⁵⁵.

Como consecuencia de lo anterior, se inició un proceso de estudios y reflexiones en todo el mundo, que terminó encaminando reformas a la justicia civil en diversas latitudes. Así, en 1999 entraron en vigor en Inglaterra y Gales las *Civil Procedure Rules*¹⁴⁵⁶, y en el año 2000 la Ley de Enjuiciamiento Civil Española¹⁴⁵⁷.

En Chile por su parte, el año 2006 se inició este mismo proceso de estudio, que terminó el 2012 con la presentación del Presidente de la República al Congreso Nacional del Proyecto de Código Procesal Civil, cuya aprobación definitiva aún se encuentra pendiente¹⁴⁵⁸.

2.1.1.2 PROCESO CIVIL DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO

Como consecuencia del proceso descrito en el apartado anterior, la visión tradicional del proceso civil ha sufrido un cambio de perspectiva, un nuevo paradigma que supone entender que el proceso civil se inserta dentro de un sistema de justicia que tiene funciones constitucionales, y no simplemente solucionar la disputa entre sujetos particulares de sus conflictos privados¹⁴⁵⁹, en un fenómeno que MONTERO denomina la “Publicización del proceso civil”¹⁴⁶⁰. El mandato constitucional a los órganos jurisdiccionales de entregar tutela judicial de los intereses de los justiciables impone sobre el Estado un deber de proveer un escenario en el que no solo se resuelvan disputas, sino

¹⁴⁵⁵ GENN, Hazel. Op. Cit. p. 53.

¹⁴⁵⁶ Véase *supra* Parte Tercera 1.4.2.

¹⁴⁵⁷ Reconocimiento de lo antedicho, en el entendido de una justicia que considere dimensiones como el tiempo y el costo pueden recogerse en la Exposición de Motivos de la LEC/2000 española, que en su párrafo segundo señala: “*Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos.*”.

¹⁴⁵⁸ <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8596> fecha de consulta 10 de agosto de 2020.

¹⁴⁵⁹ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service. Op. Cit. p. 1-5.

¹⁴⁶⁰ MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 258.

que te también se permita a los ciudadanos y ciudadanas la reivindicación de sus derechos mediante su reconocimiento a través de la tutela correspondiente¹⁴⁶¹.

Asimismo, la función jurisdiccional cumple una labor indispensable en el desarrollo jurídico, siendo la aplicación de la ley y la interpretación de las normas un mecanismo de depuración y mejoramiento del derecho¹⁴⁶². Además, son los tribunales mediante su doctrina quienes permite unificar criterios de aplicación, independiente de que el sistema no adscriba a precedentes vinculantes. De la misma manera, los órganos jurisdiccionales son promotores del cambio normativo, mediante la detección de dificultades normativas, proponiendo soluciones de *lege ferenda* a los otros poderes del Estado¹⁴⁶³.

A su vez, en uso de las facultades de los tribunales, el proceso civil se ha transformado en una herramienta de protección de las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de la ciudadanía en general, tanto frente al Estado como frente a sujetos privados, respecto de los cuales ha desaparecido el ideario de igualdad y simetría de siglos anteriores, debido al enorme poder fáctico que grandes compañías transnacionales tienen el día de hoy (v.gr. Google, Amazon)¹⁴⁶⁴.

De lo anterior se colige, que no es posible concebir el proceso civil como un mecanismo meramente destinado a los privados para resolver disputas típicamente patrimoniales, sino como un servicio estatal ofrecido a la ciudadanía para la protección, promoción reivindicación y tutela de sus derechos e intereses en materias civiles y comerciales¹⁴⁶⁵.

2.1.1.2.1 Consecuencias de un proceso civil con enfoque público

a) Efecto horizontal de los derechos y garantías

Cuando se dictaron los códigos y leyes procesales de finales del siglo XIX no existía una noción teórica, y menos una consagración normativa expresa, sobre los derechos

¹⁴⁶¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil. *Ius et Praxis*. Año 16. N° 1. 2010. pp. 395 – 440.

¹⁴⁶² ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. pp. 395-396.

¹⁴⁶³ ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on civil. Op. Cit. p. 4.

¹⁴⁶⁴ GENN, Hazel. Op. Cit. p. 23. En Chile LILLO LOBOS, Ricardo. Op. Cit. p. 124.

¹⁴⁶⁵ En tal sentido, se ha comenzado a usar la expresión citada “servicio público” o “servicio estatal de justicia” con mucha más frecuencia, tanto en países de tradición anglosajona como continental. Así, a modo de ejemplo se pronuncian en España Ortells que señala “La Justicia como servicio público” ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. pp. 431-432. En el mismo sentido véase la obra compilatoria GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino. Justicia: poder y servicio público. Consejo General del Poder Judicial. 2007. En inglés destaca el tratamiento en ese mismo sentido de Zuckerman, véase ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service. Op. Cit. p. 1-5. PEÑA ADASME, Andrés. Op. Cit. p. 88.

humanos que fuera comprendida respecto del proceso civil. Con el devenir del siglo XX, el nacimiento de un nuevo constitucionalismo tras el periodo de posguerra y la instalación de regímenes supranacionales de control del respecto a las garantías de los ciudadanos supuso empezar a mirar la aplicación de los derechos fundamentales, entendiendo que dentro de dicho catálogo se comprende¹⁴⁶⁶, con distinto alcance y denominaciones, el debido proceso¹⁴⁶⁷, la tutela judicial efectiva, justicia procesal *-procedural fairness-*, garantías judiciales y acceso a la justicia¹⁴⁶⁸.

De lo anterior ha sido posible comprender como dichas garantías han permeado hacia los códigos procesales, en lo que se ha denominado un efecto horizontal de los derechos humanos, y en términos procesales ha llevado a una verdadera constitucionalización de los principios básicos del proceso¹⁴⁶⁹. Como señala ORTELLS, este reconocimiento se ha hecho primeramente y de forma evidente en los procesos penales, atendida su naturaleza y relevancia de los bienes jurídicos en juego y su reconocimiento constitucional expreso (v.gr la libertad personal), pero posteriormente ha alcanzado todo tipo de garantías en todo tipo de procesos¹⁴⁷⁰, en lo que CAPPELLETTI ha denominado la “fundamentalización” o “constitucionalización del proceso civil”¹⁴⁷¹.

En ese sentido, es posible reconocer garantías respecto de la organización y atribuciones de los tribunales, por una parte¹⁴⁷², y por otra, garantías funcionales que dan cuenta del funcionamiento mismo del procedimiento, lo que se relaciona íntimamente con los

¹⁴⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees. Op. Cit. p. 652.

¹⁴⁶⁷ ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El proceso debido. Op. Cit. pp. 334-338.

¹⁴⁶⁸ *Ibíd.* En el mismo sentido vale la pena señalar lo explicado por Gómez Colomer, que en relación a estos principios expresa “El Due Process of Law y la Fairness, de los que se derivan a su vez cinco grandes columnas sobre las que se apoyan los principios anteriores: La igualdad procesal, el derecho de defensa, la contradicción entre las partes, el derecho a un juicio justo y el derecho a un tribunal imparcial” GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal español a comienzos del siglo XXI: Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción. Revista InDret. N°1. 2017. p. 11

¹⁴⁶⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 397.

¹⁴⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁴⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees. Op. Cit.p.655. En el mismo sentido se presenta TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. pp. 63-65. En el mismo sentido MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 241 “Algunos principios del proceso, en cuanto ideas base de conjuntos de normas, son un reflejo de la ideología que produjo esas normas. El apoliticismo, o el carácter exclusivamente técnico, no puede, desde luego, predicarse del proceso penal, atendidos los valores que entran en él en juego, pero tampoco cabe negar influencia política en el proceso civil.”

¹⁴⁷² ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 406.

principios y formas procedimentales elegidas por el cada sistema para configurar su proceso civil¹⁴⁷³.

En el primer grupo podemos encontrar garantías como el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial¹⁴⁷⁴, establecido por la ley con anterioridad a los hechos que motivan el litigio¹⁴⁷⁵; así como el derecho a acceder a la justicia, es decir, que los ciudadanos puedan tener acceso efectivo a la tutela requerida de sus derechos. De la independencia, especialmente, se derivan las más elementales nociones de justicia de cara a cualquier tipo de actuación a la que se le quiera llamar proceso, o, como ha señalado Gómez:

“Permítanme partir de una afirmación que no por obvia debe dejarse a un lado: La independencia judicial es claramente un principio político de naturaleza jurisdiccional orgánica en una democracia, sin duda alguna, pero no es una cuestión territorial, ni de un estado ni de un territorio de ese estado, sino un pilar básico para que el proceso sea justo, se celebre en donde se celebre y se desarrolle, en cualquiera de sus fases, en donde se desarrolle”¹⁴⁷⁶

Estas garantías suponen el compromiso esencial en la configuración de la organización del Estado que sirve de marco referencial sobre el cual se puede llevar a cabo un ejercicio jurisdiccional en el que se respeten y se pongan en práctica las garantías propias del funcionamiento de la reivindicación en sede jurisdiccional de los intereses hechos valer por los justiciables¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷³ *Ibíd.* Véase también BONET NAVARRO, A. El acceso a la justicia. En: GUTIÉRREZ-ALVIZ, CONRADI (Dir.), Justicia: poder y servicio público. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. p. 98.

¹⁴⁷⁴ GOMEZ COLOMER, Juan. Independencia judicial y diseño político del Estado. En: GOMEZ COLOMER, Juan *et al.* (Coord). El Derecho Procesal Español en el Siglo XX a golpe de Tango. Homenaje a Juan Montero Aroca. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. p. 348.

¹⁴⁷⁵ En ese sentido véase el Art.10 DUDH; Art. 14.1 PIDCP; Art. 8.1 CADH; Art. 6.1 CEDH, el Art. 19 N° 3 inciso quinto de la CPR chilena, el Art. 24 de la CPE española.

¹⁴⁷⁶ GOMEZ COLOMER, Juan Luis. Independencia judicial y diseño político del Estado En: GOMEZ COLOMER, Juan Luis *et al.* (Coord) El Derecho Procesal Español en el Siglo XX a golpe de Tango. Homenaje a Juan Montero Aroca. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. p. 347.

¹⁴⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, párr. 53, 19/9/2006,

Lo anterior, resulta importante, pues el ciudadano se vincula al Estado a través de sus instituciones y el que éstas están organizadas de una forma respetuosa de un ordenamiento constitucional y supranacional permite que, de ordinario, se confíe en ellas aun si no se ha requerido su intervención, y, con mayor razón si esta es requerida.

Dentro de las garantías funcionales se establece el derecho a la audiencia y contradicción, entendido como el derecho a ser emplazado y poder cuestionar la pretensión ejercida en mi contra, así como poder hacer alegaciones de hecho y de derecho que sean oídas y consideradas por el tribunal¹⁴⁷⁸. De la mano de lo anterior, se entiende también comprendido el derecho a rendir prueba, conocido en el derecho iberoamericano como el derecho a la prueba, por el cual las partes tienen la posibilidad de aportar evidencia para acreditar los enunciados fácticos que soportan sus pretensiones¹⁴⁷⁹. En ese sentido, Esparza señala que existe una noción de “presupuesto procesal adecuado”, en el que existen normas procedimentales conocidas por las partes que garantizan el ejercicio de estas facultades y que son consideradas como garantías irrenunciables¹⁴⁸⁰.

Asimismo, se ha vuelto indispensable que en el proceso se garantice igualdad para poder consagrar de forma efectiva este derecho a la audiencia, lo que va de la mano de considerar factores y circunstancias concretas, y no una cuestión meramente de igualdad formal, así, el sistema deberá considerar “condiciones reales, socioeconómicas, en las que se halla la persona a la que el ordenamiento reconoce la igualdad jurídica, pueden incidir negativamente en la eficacia de ésta y de qué modo puede corregirse esa incidencia”¹⁴⁸¹. Lo anterior no supone que el sistema abogue por que solo se puede litigar en condiciones materiales iguales, lo que en la realidad resulta imposible, sino que permitir al menos un piso mínimo que suponga que ambas partes tengan los mismos deberes y cargas, así como un acceso mínimo igual, por ejemplo, a asesoría letrada¹⁴⁸².

En ese sentido, la intención de garantizar una igualdad de trato y acceso se ha visto reflejada en determinados contextos particularmente complejos, como por ejemplo en procedimientos donde no es obligatoria o perceptiva la comparecencia de un abogado, ya

¹⁴⁷⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Bosch. Barcelona. 1996. p. 26.

¹⁴⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁸⁰ ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El presupuesto procesal...Op. Cit. pp. 2-4.

¹⁴⁸¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 413.

¹⁴⁸² *Ibíd.* p. 414.

que generalmente el justiciable de menor capacidad económica no incurrirá en costos adicionales que no sean indispensables -como un abogado-, y se enfrentará a una parte más poderosa económicamente y mejor asesorada, ya que de ordinario contara con el patrocinio de un letrado para representarle¹⁴⁸³. De esta manera, el garantizar la igualdad supone generar sistemas públicos y privados de asistencia jurídica gratuita, que aumentan el costo estatal de la justicia civil¹⁴⁸⁴. Produciendo una paradoja pendular entre la legítima intención de permitir acceso igualitario a la justicia a todos quienes la requieran independiente de su condición socioeconómica, y la creciente necesidad de recursos económicos que demanda el aparataje del proceso civil¹⁴⁸⁵.

Por otra parte, como señalan TARUFFO en Italia¹⁴⁸⁶ y ORTELLS¹⁴⁸⁷ en España, y ZUCKERMAN en Inglaterra¹⁴⁸⁸, la litigación asociada a determinadas formas procedimentales no favorece la igualdad material de cara a los tribunales, como ocurre con procedimientos escritos, de larga duración y fragmentación, altamente tecnificados y complejos para quienes no forman parte de la cultura jurídica externa¹⁴⁸⁹, que puede complicarse mediante incidentes y gran cantidad de litigación satelital, aumentando considerablemente su dilación temporal, lo que tiende, inevitablemente, a favorecer a quien cuenta con más y mejores recursos¹⁴⁹⁰. Como respuesta a esto, se ha considerado reformar el proceso civil en determinadas formas en las que representan el extremo opuesto en cuanto a formas procedimentales, como el paso a la oralidad, la intermediación y la simplificación de procedimientos¹⁴⁹¹, en aras de evitar que el tiempo no permita que la justicia de quien tiene mayor urgencia termine llegando tarde¹⁴⁹².

¹⁴⁸³ BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. Introducción. El acceso a la justicia como derecho. En: BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Biblos. Buenos Aires. 2006. pp. 15-17.

¹⁴⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study. Michigan Law Review. Vol. 73. N°. 5. 1975. pp. 793-795.

¹⁴⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. Buffalo Law Review. Vol. 27. N°. 2. 1978. pp. 182-183. GENN, Hazel. Op. Cit. p. 23.

¹⁴⁸⁶ TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Op. Cit. p. 64.

¹⁴⁸⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 420.

¹⁴⁸⁸ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service. Op. Cit. p. 1-5.

¹⁴⁸⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 414.

¹⁴⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. Op. Cit. p. 190.

¹⁴⁹¹ MONTERO AROCA, Juan. Los principios políticos. Op. Cit. p. 30. ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 414.

¹⁴⁹² ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 426. LILLO LOBOS, Ricardo. Op. Cit. p. 121.

Si bien no existe evidencia empírica que sostenga que el conjunto de formas procesales asociadas a la oralidad y la intermediación tienen mejor resultado, ni existe acuerdo en la doctrina respecto a que sean realmente mejores para promover igualdad real entre las partes¹⁴⁹³, debe considerarse que la idea de publicidad de la justicia asociada a la oralidad y la intermediación suponen que los justiciables se enfrenten al tribunal de forma directa, involucrando un componente psicológico relevante que hace que el ciudadano se siente escuchado y tomado en cuenta, permitiéndosele expresarse, independiente de que el resultado final del juicio no le sea favorable, lo que en el derecho anglosajón se denomina “el derecho a tu día en el tribunal” -*the right to a day in court*-¹⁴⁹⁴.

b) Reformas en aras de costos, tiempo y molestia

Atendida la situación descrita en el párrafo anterior, es posible constatar que un sistema de justicia contemporáneo debe enfrentarse a problemas de complejidad, tiempo y costos, una cuestión que ANDREWS ha definido como la malvadísima trinidad de la justicia civil¹⁴⁹⁵, los que inevitablemente repercuten en la posibilidad de acceso de los ciudadanos a dicho sistema, lo que ineludiblemente debe ser el núcleo de cualquier reforma al proceso civil.

Los mecanismos para hacer frente a estos problemas con la perspectiva de un sistema público de justicia varían de jurisdicción en jurisdicción, pero es posible encontrar ciertos puntos comunes, en los que -sin perjuicio de la forma específica procesal que se haya tomado- se pretende enfrentar estos problemas.

El principio común a toda búsqueda de solución es intentar proveer un servicio público lo más eficiente posible, en el que se evite la duplicación de trámites y costos, lo que indefectiblemente repercute en el control que debe asumir el Estado como proveedor de dicho sistema¹⁴⁹⁶. Asimismo, cuanto control se le entrega a los tribunales suele ir de la mano de cuanto control se le expropia a las partes, alejándose del paradigma del dominio sobre el proceso, por lo que si se pretende hacer del proceso civil una maquinaria que busque satisfacer la mayor cantidad de demanda posible, pero a la vez cumplir con todos

¹⁴⁹³ ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. Op. Cit. p. 414.

¹⁴⁹⁴ KARSTEN, Peter. Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, a History to 1940. DePaul Law Review. Vol. 47. 1998. p. 231.

¹⁴⁹⁵ ANDREWS, Neil. A new civil. Op. Cit. p. 20.

¹⁴⁹⁶ ZUCKERMAN, Adrian. The continuing management deficit in the administration of civil justice. Civil Justice Quarterly. Vol. 34. N° 1. 2015. p. 2.

los objetivos que un sistema de justicia debe satisfacer, inevitablemente tendrá que optarse por algunas medidas que pueden parecer ajenas a la tradición imperante y largamente asentada. A continuación, se ven cambios importantes introducidos en los procesos de reforma a la justicia civil de los últimos 30 años que han procurado lograr este complejo objetivo.

i. Aumento de facultades de dirección y de control judicial de la litigación:

En los países en los que existía una marcada tendencia hacia un sistema adversarial del proceso civil en el que existe un proceso de trámites rígidos establecidos por la ley de forma previa y taxativa¹⁴⁹⁷, hubo de introducirse un cambio de esquema que supuso un quiebre histórico en el enfoque hacia los jueces y su rol en la conducción de los procedimientos¹⁴⁹⁸. Si el sistema pretende atender a la mayor cantidad de causas, no parece razonable que el control absoluto de la litigación lo tengan las partes, sin que exista posibilidad de dirección por parte del juez¹⁴⁹⁹. Las partes no tienen un deber para con el resto de los usuarios actuales y potenciales del sistema, por lo que no tienen particular incentivo a evitar el desgaste de los recursos del sistema¹⁵⁰⁰, sin perjuicio de querer disminuir los costes privados que el proceso les pueda irrogar, por lo que resulta indispensable dotar de ciertas facultades directivas a los tribunales que permitan ordenar y administrar los casos conforme el mérito, complejidad y valor de la cosa disputada¹⁵⁰¹.

Dentro del panorama de las reformas recientes a la justicia civil, la entrada en vigor del CPR en 1999 produjo un cambio de paradigma en la justicia civil en Inglaterra, estableciendo un objetivo primordial para el sistema e incorporando por primera vez una aproximación inquisitiva a ciertos mecanismos de control de la litigación por parte de los jueces¹⁵⁰². Este conjunto de poderes de dirección recibe el nombre de *case management*,

¹⁴⁹⁷ Como señala Esparza en este tipo de procedimientos “adecuados” solo corresponde si “tiene sentido preguntarse por el requisito del procedimiento adecuado, por su naturaleza jurídica y sus implicaciones procesales”, para en caso de que sea afirmativo, simplemente tramitar la contienda conforme dichas reglas de adecuación establecidas en la norma. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El Presupuesto...Op. Cit. p. 2

¹⁴⁹⁸ CAPONI, Remo. Op. Cit. Vol. 1. 2011. pp. 390-391.

¹⁴⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Who Watches the Watchmen - A Comparative Study on Judicial Responsibility. American Journal of Comparative Law. Vol. 31. N°. 1. 1983. pp. 7-8.

¹⁵⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁵⁰¹ ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil. Op. Cit. p. 31. En ese sentido, en España Berzosa señala que dicho enfoque supone un reflejo del sistema jurídico económico español BERZOSA FRANCOS, María, Principios inspiradores del futuro proceso civil, Presente y futuro del proceso civil. Bosch. Barcelona. 1998. p. 28.

¹⁵⁰² En cualquier caso corresponde señalar que en el contexto relativamente uniforme de las leyes procesales civiles de finales del siglo XIX y principios del XX el Código de Procedimiento Civil Austriaco de 1895

control o gestión del caso, y permite al juez gobernar el avance del procedimiento conforme a las reglas que le da el propio CPR. En palabras de Lord Woolf el *case management* supone “un sistema en el que los tribunales, con asistencia de los litigantes, se encargaría del *case management* (gestión de los casos), incluyendo determinar qué procedimientos eran adecuados para cada caso, el establecimiento de calendarios realistas, y la garantía de que los procedimientos y horarios se cumplirían”¹⁵⁰³

De cualquier manera, es importante señalar que no pretendió dejar de lado el enfoque adversarial por completo¹⁵⁰⁴, al contrario, no era la intención que el procedimiento siguiera su forma tradicional a tal respecto, pero se fija un punto de inflexión en el sentido de que se permite al juez fijar el orden de avance del proceso, fijando las etapas del procedimiento, su duración y las sanciones por la falta de cumplimiento. De cualquier manera, la litigación sigue estando en control “general” de las partes, quienes deciden si interponer o no la demanda, y que pretensión hacen valer en ella y con que alcance, pueden retirarla o desistirse cuando quiera, puedan autocomponer libremente y en cualquier momento y siguen teniendo la decisión exclusiva sobre la impugnación de la sentencia por la vía de los recursos, asimismo, son las partes quienes deciden si ejecutar o no la sentencia favorable que hayan obtenido¹⁵⁰⁵.

Este cambio en la cultura judicial inglesa se erige como uno de los primeros esfuerzos del derecho procesal moderno por apartarse levemente del paradigma del principio dispositivo como manifestación del dominio sobre el proceso civil¹⁵⁰⁶. No se pretende eliminar este poder de disposición de las partes sobre sus propios intereses, pero si

(Zivilprozessordnung de 1895) en el que el célebre jurista Franz Klein proponía un modelo de proceso en el que el juez tuviera un control mucho más directo y categórico del procedimiento. Véase KLEIN, Franz. *Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesterreich*, Franz Deuticke, Leipzig/Vienna. 1891. pp. 24-25

¹⁵⁰³ Woolf Final Report. 1996. Section I. disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> (consulta, 04 de agosto de 2020). Traducción libre en GARCIA ODGERS, Ramón. El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa. *Revista Estudios. Histórico-Jurídicos de Valparaíso*. N°. 41. 2019. p. 195.

¹⁵⁰⁴ SORABJI, John. Austerity's Effect on English Civil Justice. *Erasmus Law Review*. Vol. 8. No. 4, 2015. p. 165.

¹⁵⁰⁵ ANDREWS, Neil, The new English procedure rules. En: VAN RHEE, Cornelius. (ed.), *European traditions in civil procedure*. Intersentia. Oxford. 2005. p. 167.

¹⁵⁰⁶ GARCIA ODGERS, Ramón. El surgimiento. *Op. Cit.* p. 199.

morigerarlo de forma tal de que su ejercicio legítimo no obste a la administración de la justicia y perjudique al resto del sistema¹⁵⁰⁷.

La mención a las reformas del CPR 1998 en Inglaterra resulta de interés no solo para los fines particulares de esta investigación, sino que corresponde tratarles en tanto han resultado un importante fuente de inspiración para el resto de los países de Europa continental y Latinoamérica que han seguido adelante proyectos de reforma al proceso civil¹⁵⁰⁸, en los que de alguna y otra manera se ha consagrado un mecanismo que devuelve el control del avance, o al menos cierto margen o grado de ese control, al juez del pleito¹⁵⁰⁹. Lo anterior, como señala TARUFFO, se enmarca en la sentida aspiración del sistema estatal de justicia de evitar la pérdida de recursos públicos que el sistema necesita con urgencia, en el contexto de la creación de un proceso civil “elástico” que se adapte al tipo de controversia, pero en el que el control de dicha elasticidad este entregada al juez, como verdadero *dominus* del proceso¹⁵¹⁰.

En un plano más general, como señala VAN RHE¹⁵¹¹, hoy en día existe cierto consenso internacional, especialmente en Europa respecto a dotar a los jueces de determinados poderes de conducción, lo que se ha consolidado tanto a nivel doctrinario como normativo. Así, en data reciente el modelo UNIDROIT a cargo del *European Law Institute* ha trabajado en las denominadas *European Rules of Civil Procedure*, en un esfuerzo por unificar criterios sobre proceso civil a nivel continental que ha reunido expertos de diversos países y tradiciones jurídicas para su redacción, y que ha consagrado expresamente en su regla 47 la necesidad de integrar *case management* en los procedimientos civiles, y, en especial la forma de implementarlo en su regla 49¹⁵¹². En

¹⁵⁰⁷ Ibid.

¹⁵⁰⁸ Para un estudio complete véase la reciente obra de García sobre el *case management* en Europa y Latinoamérica: GARCIA ODGERS, Ramón. El Case Management en perspectiva comparada Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020. VERKERK, Remme. What is judicial case management? a transnational and european perspective. En: VAN RHE, Cornelius. Judicial case management and efficiency in civil litigation. Intersentia. Oxford. 2008. p. 28.

ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis. Op. Cit. p. 17.

¹⁵⁰⁹ VERKERK, Remme. Op. Cit. p. 29.

¹⁵¹⁰ TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Op. Cit. p. 121. CAPONI, Remo. Op. Cit. p. 400.

¹⁵¹¹ VAN RHEE, Cornelis. Case management in Europe: a modern approach to civil litigation. International Journal of Procedural Law, Vol. 8. N°1. p. 67

¹⁵¹² El contenido exacto del articulado aún no se encuentra disponible, debido a que el proyecto final fue aprobado en la última conferencia sobre la materia en Roma a finales del año 2019. <https://www.unidroit.org/civil-procedure#EuropeanRulesofCivilProcedure>

ese mismo sentido UZELAC, señala que se trata de una de las herramientas indispensables de un diseño de justicia civil contemporáneo¹⁵¹³, y que se espera que la el proyecto modelo logre emparar hacia las regulaciones nacionales de los miembros de la Unión Europea en futuras reformas.

En virtud de lo antes expresado la idea de justicia civil en que se encarga al juez el control de ciertos aspectos del proceso ha empapado legislaciones procesales objeto de reciente reforma. En el caso de Chile, es posible observar estar facultades inquisitivas de dirección o gestión del caso en procedimientos como el establecido para ante los Tribunales de Familia, a través de la Ley N°19.968 que creo un procedimiento fundado en los lineamientos generales previsto en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica¹⁵¹⁴. En dicho formato procesal se consagra el denominado principio de desformalización y actuación de oficio, que permite al juez manejar ciertos aspectos del procedimiento¹⁵¹⁵, atendida su cuantía y complejidad, entregándole la facultad de resolver en una o dos audiencias (preparatoria y de juicio respectivamente) según la necesidad del cada caso. Asimismo, puede usar sus facultades inquisitivas para dictar órdenes a las partes¹⁵¹⁶, ordenar la rendición de determinadas pruebas y corregir de oficio vicios que se observen en el procedimiento para evitar dilaciones¹⁵¹⁷. La justicia de familia se entiende como un desmembramiento de la justicia civil que tienen como norma supletoria el CPC en todo lo que no esté especialmente previsto, de forma tal que se consideran una forma expandida de proceso civil.

Asimismo, en el contexto de la reforma procesal civil se ha establecido, como señala GARCÍA, un fenómeno de *case management* inconsciente, toda vez que se han entregado herramientas para la gestión del proceso, sin que haya un reconocimiento expreso en la propia norma proyectada o en la doctrina chilena respecto al tópico¹⁵¹⁸, una cuestión que responde principalmente a la consagración normativa de la práctica judicial de administrar los problemas de volumen de causas, tiempo y costo, especialmente a través

¹⁵¹³ UZELAC, Alan. Towards European rules of civil procedure: Rethinking procedural obligations. Hungarian Journal of Legal Studies. N° 58. pp. 7-8.

¹⁵¹⁴ RIEGO RAMIREZ, Cristián. El sistema de “Case management” y su aplicación en el contexto chileno. Revista Sistemas Judiciales. N° 14. 2014. p. 80.

¹⁵¹⁵ CARRETTA MUNOZ, Francesco. Op. Cit. p. 486.

¹⁵¹⁶ *Ibíd.*

¹⁵¹⁷ Art. 9 Ley N°19.968.

¹⁵¹⁸ GARCIA ODGERS, Ramón. El Case Management. Op. Cit. p. 493.

de las facultades de los tribunales superiores y que no consta de una institucionalización propiamente tal¹⁵¹⁹.

En lo específico, el Proyecto de Código pueden considerarse las normas de los artículos 254, 255 y 256, que establecen la necesidad de que el demandante haga presente en el escrito de demanda una anunciación de toda la prueba de la que se valdrá para probar su pretensión, como hacen de forma equivalente los artículos 272, 273 y 274 en lo relativo a la contestación. Según explica RIEGO “estas reglas permiten al juez realizar una tarea temprana de las controversias del caso y ponderar cuáles son las necesidades específicas del mismo en términos de las actividades procesales que será necesario llevar a cabo para su resolución”¹⁵²⁰..

Asimismo, el artículo 283¹⁵²¹, haciendo una consagración similar a lo dispuesto en el procedimiento para Tribunales de Familia, permite a juez fallar la causa en la audiencia preliminar, si es que no existe mayor controversia, o si se cuenta con toda la información necesaria para sentenciar el asunto, sin necesidad de realizar una segunda audiencia de juicio. En la opinión del autor estas facultades pueden alojarse en la órbita del control judicial en aras de disminuir el tiempo y uso de recursos del sistema¹⁵²².

ii. Aumento del uso del precedente en el derecho continental

Junto con el desarrollo de nuevas formas de control de la litigación y el retiro de la aproximación adversarial a ultranza, uno de los temas más debatidos durante las últimas décadas en el derecho procesal continental -tanto europeo como latinoamericano- es el del diseño de un determinado modelo de recurso superior ejercido ante el máximo tribunal de cada jurisdicción. Lo que TARUFFO señala como el “vértice ambiguo” supone una decisión de planificación del sistema de justicia civil¹⁵²³, así como una decisión de organización judicial conforme a la estructura y atribuciones de los máximos tribunales,

¹⁵¹⁹ *Ibíd.* p. 572.

¹⁵²⁰ RIEGO RAMIREZ, Cristián. *Op. Cit.* p. 81.

¹⁵²¹ Art. 283.- *Sentencia definitiva inmediata. Si durante la audiencia preliminar se produjere un allanamiento total o si en sus escritos el demandado no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio o cuando la prueba ofrecida haya sido sólo documental, sin haber sido impugnada, no será necesario citar a audiencia de juicio debiendo el tribunal dictar sentencia en los plazos establecido en el artículo 351, contados desde la audiencia preliminar.*

¹⁵²² *Ibíd.* p. 82. En el mismo sentido PEÑA ADASME, Andrés. *Op. Cit.* p. 381.

¹⁵²³ TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil.* Palestra Editores. Lima. 2005. p. 138.

típicamente Cortes Supremas, en relación al rol que debe darse a la potestad impugnatoria de las partes. En ese sentido, ha existido un viraje innegable hacia un modelo Corte con decisiones que buscan la creación de criterios interpretativos uniformes, que desbordan la simple aplicación correcta del derecho al caso concreto entre las partes, y se centran formular criterios organizadores mediante la unificación de la jurisprudencia.

Lo anterior, supone que el rol de estos máximos tribunales muta, desde lo que se llama *ius litigatoris*¹⁵²⁴ hacia un modelo de *ius constitutionis*¹⁵²⁵, en el que el interés del tribunal superior no radica solo en la disputa individual, sino que, habiéndose detectado un problema de disparidad entre tribunales, se ejercita una potestad unificadora de dicho criterio, que pretende dar certeza de la interpretación imperante por parte de sistema de justicia a través de su exponen de mayor jerarquía¹⁵²⁶. Lo anterior, no supone un cambio definitivo hacia la creación de un sistema de *stare decicis*, en el que existen precedentes tanto verticales como horizontales como ocurre en el *common law*¹⁵²⁷, es más, tampoco es pacífico que pueda denominarse verdaderamente un precedente¹⁵²⁸, pues no revista obligatoriedad para el resto de los tribunales¹⁵²⁹, ni es vinculante en cuanto a su aplicación, pero supone un acercamiento al rol de las Cortes en dicho sistema, en tanto pretenden efectos generales aguas abajo, mediante directrices interpretativas que sirvan de guía en determinadas materias, en tal sentido, como señala BRAVO, en la práctica generalmente se reconoce que los precedentes al menos tienen una gran fuerza aunque derrotable o compensable”¹⁵³⁰.

¹⁵²⁴ Entendido “una garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto”. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. Op. Cit. p. 801.

¹⁵²⁵ Entendido como “función nomofiláctica, de protección y salvaguarda de la norma; y función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo”. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992 de 30 de abril. Civitas. Madrid. 1993. p. 45.

NIEVA FENOLL, Jordi. El recurso de casación civil. Ariel. Barcelona. 2003. pp. 91-98.

¹⁵²⁶ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. Op. Cit. p. 882.

¹⁵²⁷ Véase *supra* Parte Tercera 1.2

¹⁵²⁸ DELGADO CASTRO, Jordi. La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 33. 2009. p. 363.

¹⁵²⁹ MacCormick y Summers desarrollaron una verdadera escala de valor comparado entre sistemas para el precedente. MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert. Further general reflections and conclusions. En: MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (edits.). Interpreting precedents: A comparative study. Dartmouth Publishing. Aldershot. pp. 531-550.

¹⁵³⁰ BRAVO HURTADO, Pablo. Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho. Revista Chilena de Derecho. Vol. 40. N°. 2. 2013. p. 561.

Esta idea de *ius constitutionis* excede largamente el objetivo de esta investigación, y es explicada en este pasaje para reflejar que uno de los motivos de su establecimiento -entre otros de diversa consideración¹⁵³¹- responde a la necesidad de considerar al proceso civil como una institución que excede el caso específico y se entiende con una perspectiva general, en la cual, tomando el caso específico, se resuelve de forma actual la contienda, pero con fines prospectivos hacia el resto del sistema, incluso respecto de aquellas disputas que no se han judicializado aun¹⁵³².

Un ejemplo de este tipo de reformas podemos encontrarlo en la casación española en el Art. El artículo 477.2, 3º, con el denominado interés casacional, para lograr una aplicación homogénea de la ley y unificar la jurisprudencia, conforme lo dicen especialmente las causales asociadas a que la sentencia recurrida deba: “1) Haber resuelto en oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo” o 2) A que se resuelva en ellas acerca de puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”¹⁵³³.

Asimismo, este proceso se ha evidenciado en Chile, mediante la creación del “Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia” en material de justicia laboral, contemplado en el art. 483 del Código del Trabajo chileno, el que dispone que el recurso procederá “cuando respecto de la materia de Derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”.

Asimismo, el PCPC chileno en actual tramitación contemplaba un recurso extraordinario, en el artículo 405 y siguientes que establecía un modelo diverso de la actual casación, por la cual se restringe el número de causas a través de filtros de acceso y se encomienda una función eminentemente ligada al *ius constitutionis*, mediante la consagración expresa del denominado “interés general”:

Art. 409. Interés general. La Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre

¹⁵³¹ Como referencia pueden revisarse las obras: MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. Op. Cit. UZELAC, Alan y VAN RHEE, Cornelius. Appeals and others means of recourse against judgments in the context of the effective protection of civil rights and obligations. En: VAN RHEE Cornelius y UZELAC, Alan (eds.). Nobody's Perfect. Comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters. Intersentia. Cambridge. 2014.

¹⁵³² ATRIA LEMAITRE, Fernando. La Casación como problema. Revista de Derecho. N° 2. Universidad Adolfo Ibáñez. Legis. Santiago. 2006. pp. 256-257.

¹⁵³³ Para un estudio detallado del “interés casacional” véase: LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. El interés casacional. Madrid. Thomson. 2002.

un interés general que haga necesaria su intervención. Sólo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

Este interés general es, además, expresado de forma contundente en el mensaje del proyecto, en el que se señala que la idea en el cambio de la casación es, precisamente, dar a la Corte Suprema otra configuración funcional¹⁵³⁴.

c) Conflictos privados y ADR, especialmente el arbitraje

Uno de los fenómenos más estudiados en los últimos 30 años en el derecho procesal prácticamente todas las jurisdicciones del mundo es el de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, -ADR por sus siglas en inglés-, en tal sentido, el Estado¹⁵³⁵, en general ha promovido la idea de avenencia entre las partes, especialmente a través de la mediación, así como incentivar el uso del arbitraje como una vía alternativa real al litigio civil público¹⁵³⁶.

De la misma manera, BARONA, sostiene que incluso los pronósticos iniciales de los años sesenta del siglo pasado no hay sido suficientes para poder caracterizar el estado actual de la enorme cantidad de asuntos que pretenden una decisión jurisdiccional¹⁵³⁷, muchas veces por motivos exógenos, que han presentado a la vía judicial estatal como inoperante¹⁵³⁸.

En ese sentido, la mencionada autora, expresa que la justicia estatal cae en la auto comprendida noción de omnipotencia, incluso reflejada en sus edificios y estructuras (columnas y grandes pórticos) para robustecer la idea de servicio fuerte y poderoso¹⁵³⁹.

¹⁵³⁴ Mensaje Presidencial del PCPC: *“Finalmente, en lo que sin duda constituye una de las innovaciones más importantes que contempla el Código, se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol del Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país. La Corte podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general”*.

¹⁵³⁵ BARONA VILAR, Silvia. Los ADR en la justicia del siglo XII, en especial la mediación. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección ensayos. Año 18. N°1. 2011. p. 186.

¹⁵³⁶ SOSPEDRA NAVAS, Francisco. Mediación y arbitraje, los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Civitas. Madrid. 2014. p. 38. BARONA VILAR. Silvia. Nociones y Principios. Op. Cit. pp. 17-24.

¹⁵³⁷ BARONA VILAR, Silvia. Fomento de las Adrs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social) Revista Sequência N° 51. p. 2005. 182. 169-201

¹⁵³⁸ *Ibíd.*

¹⁵³⁹ BARONA VILAR, Silvia. Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013. pp. 39-40

Lo anterior, resulta indispensable para la configuración del Estado, particularmente de uno respetuoso de la democracia, sin embargo, el desarrollo de diversos tipos de conflictos de raigambre moderna y dinámica han dejado en evidencia la imposibilidad de dar cumplimiento a dicha función constitucional en todos los casos requeridos, abriendo la puerta a mecanismos alternativos que permitieran gestionar, e incluso evitar el conflicto¹⁵⁴⁰.

De esta manera, hoy en día un sistema de justicia que excede simplemente el proceso civil requiere de un conjunto de herramientas de solución de conflictos originados en sociedades cada vez más complejas, como señala BARONA en la justicia en el siglo XXI “ya no sólo se incardinan procesos judiciales, sino también no judiciales y “no procesos”; y no sólo nacionales, sino también supranacionales e internacionales”¹⁵⁴¹, modificando la cartografía de la justicia contemporánea de cara las disputas de los ciudadanos y la reivindicación de sus intereses de cara a una opción, el poder de la adjudicación estatal.

La relación entre estos mecanismos en un enfoque público del sistema sigue una relación colaborativa¹⁵⁴², toda vez que las disputas civiles que puedan resolverse por la vía autocompositiva suponen ahorro de tiempo y recursos públicos en el sistema estatal de adjudicación. Como ha planteado ANDREWS, mecanismos privados de solución, y especialmente el arbitraje y la mediación, suelen ser auspiciados por parte de las Cortes¹⁵⁴³, comprendiendo que se trata de un sistema que permite a las partes mantener ciertas ventajas comparativas respecto a la rigidez del proceso civil¹⁵⁴⁴.

De esa forma, la idea es que los conflictos privados en que las partes no estén dispuestas, por motivos de conveniencia o incluso celeridad, a transitar el camino complejo, extenso y (sobre) estructurado de la litigación civil, en la que dicha demora se transforma además en mayores costos, puedan ser sometidos a arbitraje, entendido como el mecanismo que más similitud tiene con el proceso adjudicativo público, en el entendido que existe un tercero imparcial que resuelve de forma vinculante el asunto, mediante un laudo, tras

¹⁵⁴⁰ *Ibíd.* pp. 41-42.

¹⁵⁴¹ BARONA VILAR, Silvia (edit.): *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor. Colección Estudios sobre arbitraje. Madrid. Civitas Thomson–Reuters. 2016. p. 15.

¹⁵⁴² En España esta idea ha sido claramente propuesta por Ordeñana. Véase. ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko. Más allá del arbitraje cooperativo: la mediación cooperativa. Sobre la necesidad de fomentarla en el ordenamiento jurídico español a la luz del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Gezki*. N° 8. 2012. pp. 114-116.

¹⁵⁴³ ANDREWS, Neil. *La combinación*. Op. Cit. p. 280.

¹⁵⁴⁴ *Ibíd.*

haberse verificado un procedimiento, lo que supone una noción cuasi judicial¹⁵⁴⁵, pero que además cuenta con la ventaja de la rapidez (comparativa) y la confidencialidad. En tal sentido, como expresa ETXEBERRIA, se trata de una figura que, teniendo fuerte influencia de la autonomía privada, una vez que se ha constituido se “intensifican las equiparaciones con el ejercicio de la potestad jurisdiccional”¹⁵⁴⁶

En tal orden de ideas, el arbitraje se erige como la alternativa que genera beneficios dobles¹⁵⁴⁷. En primer lugar, para las partes que necesitan una resolución del asunto, y que tienen los medios para proveerse dicha alternativa, pues genera soluciones expeditas, generalmente llevadas a cabo por expertos o paneles de expertos, y que además son ejecutables con la ayuda de los propios tribunales ordinarios. Asimismo, el arbitraje se encuentra ampliamente regulado tanto a nivel doméstico como internacional, generando una idea colectiva de confianza y confiabilidad en sus potenciales usuarios¹⁵⁴⁸. En segundo término, se producen beneficios para la justicia pública, pues se descongestiona el sistema, especialmente de casos en que las partes tienen mayores recursos, para dejar lugar a otros en que la alternativa del arbitraje puede no ser posible, así como permitir que las Cortes cumplan con su función constitucional de reivindicación de los intereses de los justiciables.

En ese sentido, se ha sostenido que en una justicia civil moderna resulta indispensable el rol complementario de los mecanismos alternativos, especialmente el arbitraje, al punto de que no debe fijarse el foco sobre ellos como caminos opuestos, sino como colaborativas, como una suerte de “matrimonio en la justicia civil”¹⁵⁴⁹.

2.1.2 JUSTIFICACIÓN DE LA COSA JUZGADA Y COMPATIBILIDAD CON ENFOQUE PÚBLICO Y PRIVADO

Si hemos establecido que la comprensión de la justicia civil en el siglo XXI se aviene con la idea de un servicio público entregado por el Estado para cumplir con un mandato

¹⁵⁴⁵ CARROLL, Robert. Quasi-Judicial Immunity: The Arbitrator's Shield or Sword. *Journal of Dispute Resolution*. Vol. 1. 1991. pp. 137-138. SIME, Stuart. *Op. Cit.* p. 44. SOSPEDRA NAVAS, Francisco. *Op. Cit.* p. 462.

¹⁵⁴⁶ En tal sentido señala que el arbitraje refleja a la función judicial “por ejemplo, la incuestionable y determinante circunstancia de que el conflicto se resuelva mediante un laudo con eficacia de cosa juzgada y con fuerza ejecutiva” Véase: ETXEBERRIA GURIDI. José Francisco. *La Responsabilidad Penal del Árbitro y las instituciones arbitrales*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2020. p. 18.

¹⁵⁴⁷ BOURNE, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands. Kluwer International. 2009. p. 1540.

¹⁵⁴⁸ SOSPEDRA NAVAS, Francisco. *Op. Cit.* p. 470.

¹⁵⁴⁹ BARONA VILAR, Silvia. *Nociones y Principios*. *Op. Cit.*

constitucional de permitir acceder a los ciudadanos a la reivindicación judicial de sus intereses jurídicamente relevantes¹⁵⁵⁰, así como resolver las disputas respecto de estos intereses y eventualmente desarrollar y perfeccionar el derecho y las expectativas de los ciudadanos sobre éste¹⁵⁵¹, no es posible concebir que los mecanismos de clausura del sistema, como las reglas de cosa juzgada se mantengan en un lógica privatista, asociados a la disponibilidad de las partes como si fueran dueños del procedimiento, incluyendo los mecanismos que le dan término definitivo e impiden su repetición.

Tal como se ha examinado en la Parte Primera de este trabajo¹⁵⁵², las justificaciones que sustentan la existencia y funcionamiento de la *res judicata* son hoy en día múltiples, y exceden sobradamente un interés centrado en las partes¹⁵⁵³. No se trata de que el ethos de la cosa juzgada sea uno nuevo o diverso, pues se trata del mismo que ha señalado NIEVA y que se origina en el mismísimo código de Hammurabi en la antigua Mesopotamia, a saber, una prohibición de repetir juicios¹⁵⁵⁴, sino que debemos establecer como idea central de esta investigación una pregunta secundaria, la que orbita en función de por qué un sistema procesal contempla estos mecanismos, es decir ¿Por qué se busca evitar la reiteración de juicios?

En ese contexto, la construcción que se plantea en este trabajo es interpretar los fundamentos de la *res judicata*, tanto en la tradición continental como en el *common law*, en el contexto de una justicia civil moderna, multidimensional y que permita una óptica de funcionamiento coherente y concordante con la política pública que supone la reforma a los códigos y leyes procesales. De esa manera, si sostenemos que el proceso civil debe entenderse como servicio prestado por el estado, no queda sino plantear la necesidad de una cosa juzgada que contemple los nudos críticos asociados a los problemas que esas reformas intentan resolver, tales como la mejor calidad de justicia posible, el tiempo, el costo y la complejidad.

En nuestra opinión, la forma correcta de contestar la pregunta planteada redundaría en que las reglas de clausura del sistema asociadas a la inalterabilidad de la sentencia deben articularse en una forma amplia, con una cosa juzgada expansiva en cuanto a sus

¹⁵⁵⁰ CADIET, Lóic. Introduction to french civil justice system and civil procedural law. *Ritsumeikan Law Review*. Vol. 28. 2011. p. 349. ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento. *Op. Cit.* pp. 395 – 440.

¹⁵⁵¹ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service. *Op. Cit.* p. 1-5.

¹⁵⁵² Véase *supra* Parte Primera.

¹⁵⁵³ Véase *supra* Parte Primera 1.3.

¹⁵⁵⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin. *Op. Cit.* pp. 7-15.

efectos tanto objetiva como subjetivamente, de forma que el sistema completo, especialmente sus operadores, adecuen su comportamiento como consecuencia de conocer que el ejercicio legítimo de sus acciones estará limitado por la necesidad de utilizar racionalmente dicha facultad, sin que pueda mediar abuso o fraccionamiento, así como tampoco especulación respecto al objeto del proceso ni al alcance de los efectos de la sentencia.

Esta noción de adecuación de los usuarios del sistema de justicia, y especialmente sus abogados, es lo que podemos llamar función heurística de la cosa juzgada. Se trata de una función que se proyecta desde el final del proceso hasta su etapa más temprana, incluso antes de la intervención del tribunal y previo a la presentación de la demanda. Se habla de heurístico como el método asociativo e interpretativo de toda de decisión en función de poder obtener un curso de acción que determine la obtención de más o mejor conocimiento¹⁵⁵⁵, la heurística describe una aproximación analítica para encontrar soluciones en escenarios de información y resultados o conclusiones inciertas. El proceso cumple el rol de ser ese escenario incierto¹⁵⁵⁶. Como señala TARUFFO “una función heurística en cuanto representan un instrumento del que podemos servirnos para formular hipótesis sobre los hechos”¹⁵⁵⁷. En ese sentido la planificación de una estrategia procesal, especialmente de los demandantes, supone conocer que los resultados -inciertos- del pleito contenidos en la sentencia tendrán unos efectos preclusivos determinados, y en función de ello adecuar su comportamiento para lograr el mejor resultado en función de esos efectos¹⁵⁵⁸. Así, si la cosa juzgada tiene un alcance amplio, obliga a que la asociación y la interpretación de dichos alcances sea considerada para tomar la mejor decisión, como sería, por ejemplo, no fraccionar una pretensión o las causas de pedir atendido que no podrán litigarse en juicio diverso.

Lo anterior en aras del correcto funcionamiento del sistema en su totalidad, en que debe preocuparse por todos los casos y no destinar recursos excesivos a una controversia particular, que pudo haber sido resuelta de forma única en una sola oportunidad.

¹⁵⁵⁵ GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. La heurística jurídica. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Nº 10. 2006. pp. 189-190.

¹⁵⁵⁶ WIEACKER, Franz. A History of Private Law in Europe. Oxford University Press. Oxford. 1995. p. 1102.

¹⁵⁵⁷ TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. p. 447.

¹⁵⁵⁸ HOFFMANN, Thomas. Heuristics in Legal Decision-Making. Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum. Vol. 8, Nº. 1. 2020. p. 68.

Con este enfoque no solo fortalece la institución de la *res judicata*, sino que se protege el proceso civil completo, permitiendo el uso eficiente de los recursos entre todos los posibles usuarios, pero sin jamás perder de vista su función respecto de los justiciable y su derecho a acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva de sus derechos¹⁵⁵⁹.

Por ello, resulta desafiante establecer mecanismos que permitan ampliar los efectos de la cosa juzgada sin vulnerar los derechos de las partes litigantes, ni de los terceros que sin haber participado en el pleito podrían verse alcanzados por estos efectos. Para esto, creemos que la idea de comparar el funcionamiento de las reglas de la *res judicata* en distintos sistemas ha permitido presentar una visión panóptica de la institución, que establece la ruta para configurar un modelo de cosa juzgada conforme a las necesidades presentes de la justicia civil. Tal corriente ha sido recogida con éxito en algunos ordenamientos procesales continentales, como el caso de España y Brasil¹⁵⁶⁰, que han incorporado en sus recientes leyes procesales esta aproximación, en la que las instituciones del *common law* son compartidas o asimiladas en tanto resultan capaces de responder a una necesidad jurídica y, sin que sean importadas irreflexivamente, son adaptadas a la realidad de cada ordenamiento procesal, visibilizando el fenómeno de una homogenización de la reglas de clausura procesal¹⁵⁶¹.

Teniendo presente las experiencias mencionadas, así como la configuración de la cosa juzgada en Inglaterra y Gales, resulta indispensable tener una reflexión atendido el momento de pendencia de una reforma procesal civil en Chile, en el que una noción extendida de la cosa juzgada resulta impostergable para el correcto funcionamiento del nuevo sistema procesal civil.

2.2 HACIA UNA COSA JUZGADA MÁS AMPLIA, TANTO SUBJETIVA COMO OBJETIVAMENTE

En tal sentido, como se ha mostrado anteriormente, el proceso civil ha modificado su aproximación habitual, incorporando un control de la litigación que permite un funcionamiento más eficiente y ha hecho aplicable, hasta cierto punto, la doctrina de la unificación del precedente en ejercicio del *ius constitutionis*. En sincronía con lo anterior,

¹⁵⁵⁹ Véase *supra* Parte Primera 1.3.1.3.

¹⁵⁶⁰ En ese sentido destaca la incorporación del Art. 400.1 y 222 de la LEC. En Brasil la LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 creó el *Novo Código de Processo Civil*, que regula la cosa juzgada en sus artículos 502 y siguientes.

¹⁵⁶¹ RAMINA DE LUCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 252. 2016. pp. 6-7.

como corolario de esta investigación creemos que la necesidad de fijar la cosa juzgada desde una perspectiva pública del proceso civil trae como necesaria consecuencia su ampliación en términos de aquello que queda cubierto con su objeto y a que sujetos alcanza.

Asimismo, si la cosa juzgada es una institución de cierre del sistema público de adjudicación no es coherente que quede reservada al arbitrio de las partes -y del principio dispositivo- su alegación para hacerla efectiva. Mantener el régimen vigente en el CPC chileno, que impide declararla de oficio, supone transformar a la institución más relevante del proceso civil en una recomendación renunciable para las partes, cediéndoles un control del proceso que no parece concordante con una justicia civil moderna y dinámica que considera dimensiones que exceden latamente el ámbito de las disputas privadas de derechos subjetivos.

A continuación, se explora la forma de llevar a cabo esta ampliación, considerando experiencias revisadas y otras que se examinan con ocasión de su pertinencia en este episodio. Por motivos metodológicos se ha dividido conforme a su estudio clásico en ampliación objetiva y subjetiva.

2.2.1 AMPLIACIÓN OBJETIVA

Tal como fuera establecido en la Parte Segunda de este trabajo¹⁵⁶², la cosa juzgada en del derecho continental europeo y latinoamericano tiene un alcance que podría considerarse restrictivo, en el que el examen de la triple identidad sigue siendo relevante en el ejercicio comparativo entre dos procesos para establecer la procedencia de la cosa juzgada¹⁵⁶³. De esa manera, cuando se comparan los objetos pedidos y las causas de pedir basta que alguna de ellas sea diferente para concluir que no existe “identidad de cosa juzgada”. En atención a ello, se ha dicho que una noción moderna del componente objetivo de la cosa juzgada se aparte de la idea de triple identidad y transita hacia la centralidad del “objeto del proceso”, que comprende tanto el *petitum* como la *causa petendi*¹⁵⁶⁴.

Bajo el manto del objeto del proceso, sin embargo, está cubierto todo aquello que se ha hecho valer por las partes, en tanto demandantes principales y reconventionales, pero está excluido cualquier otra cuestión de hecho o derecho que no se haya hecho valer, y por lo

¹⁵⁶² Véase *supra* Parte Segunda 1.1.

¹⁵⁶³ Véase *supra* Parte Segunda 2.2.1.

¹⁵⁶⁴ CONCEIRO DEL RÍO, Jaime. Op. Cit. p. 258.

tanto no se haya juzgado, tanto dentro lo pedido, como respecto de la causa en la que dicha pretensión de sostiene¹⁵⁶⁵.

Con ello, se da origen a diversas situaciones que revisten complejidad para el sistema procesal, en tanto engendran la posibilidad de reiteración de juicios y sentencias contradictorias, que atendida la configuración de la cosa juzgada actual no pueden ser salvadas por esta institución. Así, por ejemplo, si de una causa de pedir surgen dos o más derechos, procesalmente asociados a “acciones”, y solo se ejerce una de ellas, la segunda queda a salvo para su interposición posterior, pues si dice que existe una causa de pedir igual, pero un objeto diverso, no concurriendo entonces la triple identidad¹⁵⁶⁶. Lo anterior se ha visto reflejado en diversos ejemplos, como lo que ocurre con las acciones que emanan de un incumplimiento de un contrato bilateral, a saber, la acción de cumplimiento por naturaleza (cumplimiento forzoso o forzado) y la acción de resolución e indemnización de perjuicios¹⁵⁶⁷.

Si el demandante en el juicio 1 ejerce la acción de cumplimiento forzado y ésta es rechazada, podrá, acto seguido impetrar la acción resolutoria, sin ningún riesgo de que la excepción de cosa juzgada sea aplicable.

De la misma forma podría ocurrir con el mismo objeto, pero con distinta causa, como sería el caso de que un sujeto que ha sido víctima de un daño ejerce primero su acción fundado en el estatuto de responsabilidad contractual, por ejemplo, en el caso de existir un contrato de transporte, y luego, ante la desestimación de su pretensión en la sentencia, ejerza la misma petición, con idéntica cuantía de daño atendido los principios de la responsabilidad, fundada en el estatuto extracontractual.

Estos ejemplos, así como otros enunciados *supra*¹⁵⁶⁸, pretenden dejar de manifiesto que un mismo hecho puede diversificarse en una gran cantidad de procedimientos, según la expectativa de éxito de las partes y la estrategia litigiosa que sigan en tanto optar, en primer lugar, por la acción A y luego por la Acción B ante un resultado desfavorable.

¹⁵⁶⁵ HUNTER AMPUERO, Iván. *Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena*. Op. Cit. p. 200. También. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *La Cosa Juzgada*. Op. Cit. p. 62.

¹⁵⁶⁶ A esta figura se le conoce doctrinariamente como concurso de acciones, para un detalle en la doctrina véase en España: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La Acumulación de Acciones y Procesos en el Proceso Civil*. La Ley. Madrid. 2000. En Chile: ROMERO RODRIGUEZ, Sophía. *Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno*. Ius et Praxis. Vol. 19. N°. 2. 2013. p. 207-250.

¹⁵⁶⁷ En el caso chileno véase Art. 1489 del CC.

¹⁵⁶⁸ Véase *supra* Parte Cuarta 1.2 Ejemplos 1, 2 y 3.

Asimismo, podría darse el absurdo de que en el primer proceso se desestime la pretensión por haberse resuelto alguna cuestión de hecho o derecho que impide las consecuencias jurídicas buscadas por la demanda, y que deban volver a discutirse en un segundo proceso. Un ejemplo sería el que podría haberse concluido que en un caso de responsabilidad contractual no ha existido daño efectivo por parte del demandante¹⁵⁶⁹, después de un procedimiento de lato conocimiento y una densa etapa probatoria, señalándose así en la sentencia; y que, en la segunda acción, esta vez por el estatuto extracontractual, por el mismo monto de daño, deba volver a discutirse y probarse su efectividad y cuantía.

Estas situaciones ejemplares plantean de forma gráfica el absurdo del ingente desgaste jurisdiccional, el alto costo estatal, la molestia doble de un demandado inocente y el enorme consumo de tiempo que la existencia de una regla de cosa juzgada restringida, como la actualmente imperante en Chile y la mayoría de los países de tradición continental permitiría. Es decir, todo lo que un sistema moderno debe buscar evitar podría generarse como consecuencia de una clausura de poco alcance objetivo.

En tal sentido, se plantea la necesidad de configurar reglas preclusivas asociadas a la cosa juzgada, tal como lo han hecho España y Brasil¹⁵⁷⁰. La idea es que el elemento objetivo de la cosa juzgada cubra no solo lo que se ha deducido efectivamente en juicio, sino que todo aquello que era deducible, y que estaba en conocimiento y disposición del demandante. Asimismo, se hace indispensable una comprensión de la cosa juzgada que abandone la idea de la cosa juzgada como sinónimo de efecto excluyente, e incorpore el efecto positivo o prejudicial.

Se trata de hacer aplicable una hipótesis preclusiva objetivamente extensa en términos similares a lo que en el *common law* inglés es la *cause of action estoppel* (y la doctrina de *merger* si la primera sentencia hubiere sido favorable) el *issue estoppel* y, hasta cierto punto con la idea del *Abuse of Process*¹⁵⁷¹.

En estos términos, se impide, tal como en el derecho inglés, la fragmentación de las disputas conforme a la conveniencia del demandando, obligando a que todas las pretensiones que emanan de una misma fuente (*cause of action*) sean litigadas en una sola oportunidad, es decir, un requerimiento de que el objeto del proceso sea, en un solo

¹⁵⁶⁹ Véase *supra* Parte Cuarta 1.2 Ejemplos 1.

¹⁵⁷⁰ RAMINA DE LUCA, Rodrigo. Op. Cit. p. 6.

¹⁵⁷¹ Véase *supra* Parte Tercera 2.1.2; 2.1.3 y 3.1.

momento, todos los objetos posibles, so pena de que no se puedan volver a ejercer las pretensiones o fundamentos de esas pretensiones que no se hayan esgrimido en un juicio posterior¹⁵⁷². A su turno, todas aquellas cuestiones de hecho o derecho que ya han quedado resueltas en un primer proceso, no pueden volver a ser discutidas nuevamente, aunque no exista identidad entre ellos, como consecuencia del efecto positivo (*issue estoppel*)

Como se dijera en la Parte Segunda el fenómeno de expandir la cosa juzgada más allá de lo efectivamente juzgado se ha denominado en España como “objeto virtual” el que incumbe tanto lo deducido como lo deducible, y que al dictarse la sentencia da origen a la denominada “cosa juzgada virtual”¹⁵⁷³.

En tal sentido en la LEC destaca por entre sus contrapartes continentales al pretender hacerse cargo de estas problemáticas en el Art. 400.1 que señala:

Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

La norma, del todo novedosa entre los códigos procesales de tradición continental, supone una regla extendida de clausura por la cual se establece una carga procesal hacia el demandante¹⁵⁷⁴, consistente en ejercer contra el demandado todas las acciones que emanen de los mismos fundamentos (concurrentes)¹⁵⁷⁵. Como se ha dicho, en caso de verificarse un concurso de acciones, independiente de que las causas de pedir sean distintas o los fundamentos esgrimidos diversos, deberán hacerse valer todos en la misma oportunidad, inadmitiéndose, como señala la norma, toda alegación a tal respecto en un proceso posterior. En ese sentido LAURIDO ha sido clara en señalar que existirá cosa juzgada (virtual) aun si las causa de pedir es distinta, mientras los objetos del proceso

¹⁵⁷² *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1967] AC 853, HL.

¹⁵⁷³ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 79. Para mayor profundidad véase *supra* Parte Segunda 2.2.1.1.

¹⁵⁷⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 78.

¹⁵⁷⁵ CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Op. Cit. p. 258.

sean iguales, y sin importar que se esgriman otros fundamentos no contenidos en el primer proceso¹⁵⁷⁶.

La regulación actual del artículo precitado en la LEC busca evitar que un mismo objeto de origen a dos sentencias potencialmente contradictorias entre sí, pudiendo identificarse como el primer reconocimiento al objeto virtual de un proceso, en tanto el contenido de algo no discutido ni fallado, pero pertinente y conocido por la parte demandante no fue incluido por ésta, quedando de todos modos alcanzado por la cosa juzgada virtual¹⁵⁷⁷.

Respecto al efecto positivo, la LEC ostenta el mérito de haber sido la primera regulación procesal continental en consagrarlo expresamente¹⁵⁷⁸, regulándolo en el artículo 222.4, que establece:

“Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”

Esta disposición, según la doctrina, establece la vinculación lógica o prejudicial entre dos procesos cuyo objeto es distinto, pero conexo, en el que las cuestiones resueltas en el primero de ellos tienen eficacia de cosa juzgada respecto del segundo, no pudiendo discutirse nuevamente, evitando sentencias contradictorias y el absurdo del desgaste jurisdiccional¹⁵⁷⁹.

Por su parte, en Brasil en el NCPCB se ha posicionado como la regulación procesal más moderna en Latinoamérica, haciendo eco de la tendencia general a entender el proceso civil como un servicio público, y, como consecuencia, entender que la cosa juzgada debe ser una institución que debe ir en función de obtener el “mayor rendimiento posible” al primer fallo¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁶ LAURIDO RICO, Ana. Op. Cit. pp. 94-95.

¹⁵⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. El Objeto del Proceso. Op. Cit. p. 78.

¹⁵⁷⁸ Para un mayor detalle véase *supra* Parte Segunda 2.3.1.

¹⁵⁷⁹ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Op. Cit. p. 226. En el mismo sentido ORTELLS, Manuel. Op. Cit. p. 576. RIVERO HURTADO, Renée. Op. Cit., p. 416

¹⁵⁸⁰ Este concepto de “mayor rendimiento posible”, se entiende como una suerte de mandato general o principio inspirador, similar al *Overriding Objective* inglés, pero que no se encuentra explícitamente consagrado en el texto del NCPCB, sino que en el mensaje que le antecede. THEODORO, Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. Revista EMERJ. Vol. 20. N°. 1. 2018. p. 87.

En ese sentido se ha señalado expresamente por la doctrina brasileña la necesidad de apartarse de una idea privatista de la cosa juzgada, de enfoque restringido y centrado en las partes, por una idea moderna, amplia de cosa juzgada, lo que CABRAL denomina “cosa juzgada dinámica” centrada en el objeto del proceso¹⁵⁸¹, y que dé cuenta de las relaciones procesales dinámicas del proceso civil moderno¹⁵⁸².

MARINONI, resalta la necesidad de vincular la idea de la cosa juzgada al derecho público y, además, al orden público, dejando atrás las ideas de CHIOVENDA¹⁵⁸³, y postulando derechamente la extensión objetiva de la cosa juzgada en perspectiva los propios fines de la cosa juzgada, la protección de la estabilidad de las decisiones¹⁵⁸⁴.

En ese sentido, existe consenso en la doctrina, y costa en la historia de la ley que dio origen al nuevo CPCB, que para establecer la nueva configuración objetiva de la cosa juzgada se ha tenido en cuenta la experiencia de los países del *common law*, especialmente la de Estados Unidos e Inglaterra en tanto plantean un modelo más laxo y amplio de preclusiones y *res judicata*¹⁵⁸⁵.

En este contexto, respecto del alcance de los límites objetivos de la cosa juzgada la norma más innovadora es el artículo 503 del NCPCB, que establece:

Artículo 503: La decisión que haya juzgado total o parcialmente el fondo tiene fuerza de ley en los límites de la cuestión principal expresamente decidida.

1º Lo dispuesto en el encabezado se aplica a la resolución de cuestión prejudicial, decidida expresa e incidentalmente en el proceso, si:

- I- de dicha resolución dependiese el juzgamiento del fondo,*
- II- respecto de ella se haya promovido contradictorio previo y efectivo, no aplicándose en el caso de la rebeldía,*
- III- el tribunal tenga competencia en razón de la materia y de la persona para resolverla como cuestión principal*¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸¹ CABRAL, Antonio. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. JusPodivm. Salvador. 2014. p. 156.

¹⁵⁸² *Ibíd.* p. 163.

¹⁵⁸³ MARINONI, Luiz. Coisa julgada sobre questão. Editorial RT. São Paulo. 2018. pp. 165-168.

¹⁵⁸⁴ HAGGI, Hermínio. A influência do common law sobre os limites da coisa julgada no processo civil brasileiro. Revista de Processo Comparado. Vol. 8. 2018. p. 90.

¹⁵⁸⁵ En tal sentido se destaca la influencia del CPR inglés y el Restatement of Judgments de Estados Unidos. HAGGI, Hermínio. Op. Cit. p. 94.

¹⁵⁸⁶ Del original NCPCB Art. 503.

A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

El artículo transcrito supone consagrar a nivel legislativo la noción ampliamente establecida del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, reconocido en España, pero no explícitamente consagrado en otras jurisdicciones continentales, especialmente en Latinoamérica¹⁵⁸⁷. Asimismo, es posible encontrar una regulación notoriamente similar a lo que el derecho de Inglaterra y Estados Unidos hacen respecto al *issue estoppel*, en un intento de expandir los efectos de lo que la doctrina brasileña denomina cuestiones prejudiciales¹⁵⁸⁸.

Esta configuración amplia del efecto positivo consiste en una asimilación codificada de lo dispuesto en la regla § 27 del *Restatement of Judgments* de 1980 en Estados Unidos¹⁵⁸⁹, y la doctrina judicial de los casos *Arnold* y *Carl Zeiss* en Reino Unido¹⁵⁹⁰. Para ello se consagra la eficacia de lo resuelto en un segundo proceso cuando se cumplan los mismos requisitos que en las fuentes anglosajonas, a saber:

(1) La decisión prejudicial debe resolver un asunto de fondo, (2) ésta debe ser expresamente resuelta, (3) la cuestión prejudicial debe ser necesaria (indispensable) para la resolución del proceso, (4) debe haber existido un contradictorio previo y efectivo, descartándose la hipótesis de la rebeldía (5) el tribunal debe haber sido competente para resolver el asunto principal y (6) no pueden haber restricciones al conocimiento (emplazamiento o limitación de la defensa)¹⁵⁹¹.

En el mismo sentido, el código brasileño ha resuelto definitivamente la noción de que la cosa juzgada solo alcanza la parte resolutive de la sentencia, toda vez que el concepto de cuestiones prejudiciales, que se ven alcanzadas por la cosa juzgada del artículo 503, no solo se entiende *ad extra*, es decir hacia otros procesos, sino que también *ad intra*, es decir, como cuestiones esenciales, o necesarias, que deben resolverse para poder llegar a

¹⁵⁸⁷ THEODORO, Humberto. Op. Cit. pp. 87-88

¹⁵⁸⁸ HAGGI, Hermínio. Op. Cit. p. 95.

¹⁵⁸⁹ American Law Institute, *Restatement (Second), Judgments*, § 27.

¹⁵⁹⁰ *The requirements of issue estoppel still remain (1) that the same question has been decided, (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final, and (3) that the parties to the judicial decision, or their privies, were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised, or their privies*” LORD GUEST, en *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)*: HI 1966. Y en el mismo sentido puede verse en *Fidelitas Shipping Co. Ltd v V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630. Párrafo 640, *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) Párrafo 105. *Watt (formerly Carter) v Ahsan* | [2008] AC 696. Párrafo 30. Para un desarrollo completo de los requisitos del *issue estoppel* véase *supra* Parte Tercera 2.1.1.3.1.

¹⁵⁹¹ HAGGI, Hermínio. Op. Cit. p. 94.

la resolución del asunto principal¹⁵⁹². Como señala LOPES, la cosa juzgada cubre aquellas cuestiones prejudiciales que figuren en la motivación de la sentencia como premisa necesaria para el resultado del juicio contenido en la sentencia¹⁵⁹³.

Adicionalmente, la dogmática procesal brasileña ha señalado que esta norma debe interpretarse bajo el ideal del “mayor rendimiento posible” del proceso civil¹⁵⁹⁴, por lo que se señala que comprende la idea de ampliar el objeto del proceso no solo a las cuestiones prejudiciales, sino también a aquellos fundamentos de la pretensión que no se hubieren hecho valer por la parte, pero que estaban a su disposición. En ese sentido, THEODORO explica que, al decidirse las cuestiones propias del objeto del proceso, de acuerdo con lo efectivamente discutido, urge comprender que en, en virtud de lo dispuesto en el artículo 503, se ha sentenciado respecto de toda la relación jurídica existente entre las partes, es decir, respecto de toda la causa de pedir¹⁵⁹⁵.

De esta manera, el NCPCB toma un camino similar al de la LEC en su artículo 400.1, entendiendo la necesidad de ampliación de los efectos preclusivos que debe darse a la sentencia al finalizar el acto estatal de adjudicación.

2.1.3.1.2 Críticas a la ampliación de los límites objetivos de la cosa juzgada

Tradicionalmente, una expansión de la cosa juzgada desde el punto de vista objetivo ha encontrado resistencia en la doctrina continental. Esta reticencia suele ir de la mano de la visión privatista del proceso civil, en el que el dominio de las partes sobre todos los aspectos de su disputa es absoluto¹⁵⁹⁶. Tal como se examinará en la Parte Segunda de este trabajo¹⁵⁹⁷, las principales críticas suelen sostenerse desde dos frentes, íntimamente relacionados con el enfoque de *dominus processus*¹⁵⁹⁸ mencionado, el principio dispositivo y el derecho a defensa, a continuación, se intentará expresar y cuestionar dichas críticas.

a) Crítica desde el principio dispositivo

¹⁵⁹² RAMINA DE LUCA, Rodrigo. Op. Cit. p. 4.

¹⁵⁹³ LOPES, Bruno. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 69.

¹⁵⁹⁴ CABRAL, Antonio. Op. Cit. p. 156.

¹⁵⁹⁵ THEODORO, Humberto. Op. Cit. pp. 87-88.

¹⁵⁹⁶ CABRAL, Antonio. Op. Cit. p. 155. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo. Op. Cit. p. 525.

¹⁵⁹⁷ Véase *supra* Parte Segunda 2.2.1.1.

¹⁵⁹⁸ TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia. Op. Cit. p. 121. CAPONI, Remo. Op. Cit. p. 400.

Dentro la comprensión del proceso como institución al servicio de los sujetos privados y la resolución de sus disputas el principio dispositivo se erige como una piedra angular de la justicia civil, como se ha examinado anteriormente, se entiende que la facultad de disposición del dominio se extiende a la proyección procesal de dichos intereses, siendo cada parte del litigio ama de su pretensión, pudiendo elegir qué, cómo y cuándo demandar y que contenido u objeto darle a dicho proceso¹⁵⁹⁹. Como señalaba BERZOSA el principio dispositivo es el reflejo de un modelo económico y jurídico, centrado en la autonomía de la voluntad, como una proyección de los derechos subjetivos de las partes¹⁶⁰⁰. En el mismo sentido PICÓ explica que para la mayoría de la dogmática procesal el fundamento del principio dispositivo es la noción de propiedad privada, la economía de mercado y libre empresa consagrada en la constitución, y en general en todas las constituciones de democracias liberales, mediante la cual se pueden diferenciar intereses públicos y privados de forma clara, asociándose el proceso civil, tradicionalmente, a intereses de raigambre privada¹⁶⁰¹.

Bajo esta construcción una parte de la dogmática critica la noción expansiva de cosa juzgada en cuanto a sus límites objetivos, específicamente en relación con su expansión a “lo deducible” y la idea de objeto y cosa juzgada virtual¹⁶⁰². Señalan que el establecimiento de un deber de utilizar todas las acciones, o todos los fundamentos y causas de pedir bajo el fantasma de una sanción de no ser oídos después contraviene directamente el poder de disposición que se tiene sobre la pretensión propia, desarraigando la noción del proceso civil como algo privado¹⁶⁰³.

Así, para autores como HUNTER el principio dispositivo resulta un pilar que sirve de límite a la intervención de la ley sobre la configuración del objeto del proceso, no correspondiendo hacer una extensión a nada más de lo que efectivamente se hizo valer¹⁶⁰⁴. Lo anterior se fundamente, nuevamente, en que las partes son dueñas de sus intereses y que es a ellas a quien les corresponde la decisión de accionar o no y que contenido y fundamentos dar a la pretensión, siendo libres y soberanas de dejar fuera, si así lo desean,

¹⁵⁹⁹ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Op. Cit. p. 27.

¹⁶⁰⁰ BERZOSA FRANCO, María. Op. Cit. p. 28.

¹⁶⁰¹ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba. Op. Cit. p. 100.

¹⁶⁰² CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 182.

¹⁶⁰³ APOLIN, Dante. Op. Cit. p. 282.

¹⁶⁰⁴ HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia Op. Cit. pp. 633-635.

causas de pedir o *petitum* diversos¹⁶⁰⁵. Se trataría de sujetos autónomos que en ejercicio de dicha autonomía pueden dotar al proceso del contenido que estimen convenientes para la tutela de sus intereses¹⁶⁰⁶. En este sentido DE PADURA asegura, incluso, que no corresponde hablar de cosa juzgada respecto de cuestiones que no hayan sido debatidas, pues se incurriría en una incongruencia procesal, permitiendo anular la sentencia¹⁶⁰⁷.

Haciéndonos cargo de estas críticas, creemos que es perfectamente comprensible mantener la noción del principio dispositivo como una fórmula que informa y configura el proceso civil¹⁶⁰⁸, pero que resulta indispensable actualizar su concepción a los ordenamientos procesales civiles modernos, en los que se ha descartado el mero ejercicio de un derecho privado en juicio, y tal como se ha señalado *supra*¹⁶⁰⁹, existe un verdadero servicio público por el cual el Estado permite a sus ciudadanos la reivindicación de sus intereses legítimos garantizándoles el acceso a la tutela judicial efectiva¹⁶¹⁰, lo que inevitablemente requiere un-racional de los recursos, lo que indefectiblemente redundaría en limitar la autonomía de la voluntad de las partes en lo relativo a ciertas decisiones, pero que resulta indispensable para el funcionamiento de un sistema de justicia que se debe dar cobertura a todos sus usuarios¹⁶¹¹.

Sostener en el siglo XXI que las partes pueden accionar “por goteo” y rediscutir varias veces los mismos asuntos resulta irrisorio, y justificarlo en una exacerbación de la propiedad y la autonomía privada importa un retroceso a ideales liberales decimonónicos¹⁶¹², y, al mismo tiempo, no hacerse cargo del deber de los justiciables, en tanto ciudadanos del estado, para con el funcionamiento agregado del sistema. Permitir la utilización desmedida del sistema solo porque existe un derecho a hacerlo en virtud de

¹⁶⁰⁵ HUNTER AMPUERO, Iván. El principio dispositivo y los poderes del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 35. 2010. p. 154.

¹⁶⁰⁶ HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia...Op. Cit. pp. 633-635.

¹⁶⁰⁷ DE PADURA BALLESTEROS, María. Op. Cit. p. 25 “Hablar de cosa juzgada sobre lo deducible es hablar de hechos y fundamentos jurídicos que no han sido alegados por las partes –pudiendo hacerlos-. Lo cual significa que el tribunal no debe pronunciarse sobre esos hechos o fundamentos, ni de forma expresa, ni de forma tácita, pues de lo contrario incurriría en un vicio de incongruencia por desviación. Pero si no hay pronunciamiento, ni expreso, ni tácito, no puede decirse que exista cosa juzgada, ni expresa, ni implícita”

¹⁶⁰⁸ HUNTER AMPUERO, Iván. El principio dispositivo...Op. Cit. p. 156.

¹⁶⁰⁹ Véase *supra* Parte Cuarta 2.1.1.2

¹⁶¹⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. Derecho y Sociedad. Vol. 38. 2012. pp. 278-279.

¹⁶¹¹ Véase *supra* Parte Cuarta 2.1.1.2.

¹⁶¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo. Op. Cit. p. 525.

lo principios que informa en derecho privado puede llevar, hoy en día, a resultados absurdos, especialmente si se trata de bienes y servicios que son escasos¹⁶¹³. Como ha señalado GARCÍA, es hora de mirar la justicia civil con una mirada telescópica -en vez de microscópica-, en la que se considere los derechos de los justiciables, pero de todos en cada momento, y no solo los que intervienen en el caso particular como si no hubiera más que solo ellos¹⁶¹⁴.

Desde la perspectiva de la congruencia procesal, la crítica da cuenta de una falta de comprensión de la institución, pues supone que aquellos fundamentos no incluidos por la parte en el proceso no puede contenerse en la sentencia, lo que supone un error, pues no se pretende desbordar la congruencia interna del proceso, sino que dar a la sentencia un efecto externo, prospectivo respecto de un segundo proceso en el que se impedirá la rediscusión del asunto que pudo haber sido incluido por la parte en juicio pretérito. Así la sentencia falla en concordancia con lo deducido, sin excederse, pero la cosa juzgada virtual alcanza aquello precisamente no juzgado, pero que podría haberlo sido. Es decir, existe plena coherencia entre lo pedido y lo aquello contenido en la sentencia, impidiendo el vicio de *ultra petita* que anularía la sentencia, pero en un momento posterior la comparación del elemento objetivo de la cosa juzgada considerará aquello que incluso sin haberse hecho valer, y naturalmente no fallado, podría haberse incluido en el proceso original. Asimismo, malamente podría el tribunal pronunciarse en su sentencia excediendo la congruencia procesal respecto de pretensiones que emanan de los mismos hechos pero que, precisamente, por no haberse introducido al proceso le serán desconocidas, jurídica y epistémicamente, al sentenciador.

En ese sentido, urge comprender al principio dispositivo como un señorío con límites en el interés público que envuelve al proceso civil, desmantelando la idea de que cualquier limitación impuesta en fusión del mejoramiento del sistema para la generalidad de los usuarios supone un atentado a la sacralidad de la disposición. Así, la cosa juzgada cumple un rol decisivo en la clausura del sistema que permite, mediante sus efectos prohibitivos,

¹⁶¹³ Como una situación alegórica entiéndase que en un recinto médico en el que el espacio para que los pacientes aparquen es siempre escaso, el propietario de un automóvil utiliza dos espacios, siendo que solo necesita uno, justificándose en que ello le da mayor comodidad, y que, como ha pagado dos tarifas -dos tickets- tiene pleno derecho a usarlos de esa manera. Otro ejemplo que se da para limitar el consumo en ciertas áreas es el de quien deja correr continuamente el agua del grifo, por el solo derecho que le da tener el dinero para pagar la factura sin importar lo alta que sea.

¹⁶¹⁴ GARCIA ODGERS, Ramón. Op. Cit. p. 65.

la duplicación de juicios, permitiendo a la justicia civil funcionar, como señala CALAZA, de forma rápida, pero a la vez eficaz¹⁶¹⁵.

A mayor abundamiento la crítica formulada desde la perspectiva de la limitación a la autonomía de la decisión de las partes y el principio dispositivo resulta miope desde una perspectiva sistémica. Efectivamente, la regla general es que los procesos civiles orbiten en función del principio dispositivo, cuya primera y más evidente manifestación es la libertad de decidir o no acudir ante los órganos jurisdiccionales para ejercer una pretensión, es decir la libertad de presentación. Pues bien, criticar que ampliar la cosa juzgada al objeto virtual resulta atentatorio y, hasta cierto punto inaudito, no toma en consideración la existencia de otras figuras procesales en que el principio dispositivo se encuentra aún más limitado, como son las situaciones en las que se impone respecto del titular de derecho la necesidad de accionar, bajo la sanción de que, en caso de no hacerlo, pierda su derecho a la tutela judicial. Se trata de casos en que la doctrina comúnmente habla de presentación “obligatoria” de la demanda o la acción o intervención forzada de parte o sujeto activo, pero que, en sentido técnico procesal, son verdaderas cargas procesales, muy similares al efecto de la cosa juzgada virtual. Tales casos son los siguientes:

i. Artículo 21 del CPC chileno

Se trata de una institución que supone la posibilidad de provocar una suerte de intervención forzada de eventuales titulares del mismo derecho que el demandante principal ha hecho valer en contra del demandado en un proceso civil. La norma señala:

“si la acción ejercida por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan concurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella.

“Si dichas personas adhieren a la demanda se aplicará lo dispuesto en los artículos 12 y 13; si declaran su resolución de no adherirse, caducará su derecho; y si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación. En este último caso podrán comparecer en cualquier estado del juicio; pero respetando todo lo obrado con anterioridad.”

¹⁶¹⁵ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 131.

Se trata de una facultad entregada al demandado por el cual se le permite citar para que ejerzan su pretensión en el proceso a otros sujetos que puedan ostentar total o parcialmente el derecho que ya ha sido ejercido en su contra. Se ha dicho que la justificación de esta facultad es que “no parece razonable que el demandado por los mismos hechos deba sufrir diversos procedimientos para litigar contra distintas personas si no es su deseo y, en especial, va a ser gravado económicamente de una forma poco racional”¹⁶¹⁶, asimismo, se pretende evitar la posibilidad de sentencias contradictorias. Supone que dentro del término de emplazamiento el demandado solicite al tribunal citar a los posibles sujetos activos, bajo la sanción que en caso de no comparecer “caducará su derecho” a demandar, viéndose afectados por la sentencia que se dicte en el proceso. La utilización de la voz “caducará” es ambigua, pero se ha entendido uniformemente que se trata de un caso en el que en el evento de intentar demandar en una segunda oportunidad se podrá oponer justificadamente la excepción de cosa juzgada¹⁶¹⁷.

Como puede observarse, se trata de una institución íntimamente ligada a la cosa juzgada, que impone sobre los titulares de un derecho la carga de comparecer en forma adhesiva al proceso, so efecto de perder la pretensión ante la autoridad de cosa juzgada de la sentencia. Se trata, desde la perspectiva de los sujetos que no comparecen, de una verdadera limitación al principio dispositivo, pues se les restringe la libertad de decidir ejercer o no su acción, mediante la coacción contenida en la consecuencia preclusiva de no apersonarse adhesivamente. Esta limitación parece incluso más importante que la cosa juzgada virtual, pues no se trata solo de extender su efecto a lo deducible y no deducido, sino que de extender el efecto de la cosa juzgada a un caso en que ni siquiera se ha ejercido la pretensión propiamente tal, no habiendo, materialmente a su respecto, nada que haya sido siquiera juzgado.

ii. La Jactancia

Se trata de una institución común en la mayoría de los ordenamientos procesales continentales¹⁶¹⁸, definida por PRIETO-CASTRO como:

¹⁶¹⁶ CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VELEZ, Diego. Proceso Civil: Normas Comunes a todo Procedimiento e Incidentes. Thomson and Reuters. Santiago. 2014. p. 135.

¹⁶¹⁷ STOEHLER MAES, Carlos. Op. Cit. p. 17.

¹⁶¹⁸ Su origen se encuentra en las partidas, y desde allí fue incorporada a la mayoría de los códigos procesales latinoamericanos. En España existe aún la discusión sobre si esta o no vigente la acción, sosteniéndose que el artículo 5 de la LEC 2000 la habría derogado, mientras que otros arguyen que aún se encontraría vigente. En tal sentido véase MONTERO AROCA, Juan et al. ... Op. Cit. p. 232. Para un estudio

“es concedida al sujeto contra el que otro se vanagloria de poseer un derecho obligacional, real o de cualquier clase en perjuicio del mismo, produciéndole inseguridad y peligro en la esfera jurídica, económica y moral, y está dirigida a obtener la declaración del juez de que se condene al demandado al perpetuo silencio”¹⁶¹⁹

Supone que un sujeto se atribuya un derecho que no tiene respecto de otro, el que es cuestionado por quien es destinatario de la obligación atribuida, y al que se le permite se obligue al jactancioso a demandarle para acreditar la calidad públicamente proclamada, bajo la sanción de que, ante su inacción, no se le permita hacerlo después. En el CPC chileno se encuentra regulada en el artículo 269 que reza:

Cuando alguna persona manifieste corresponderle un derecho de que no esté gozando, todo aquél a quien su jactancia pueda afectar, podrá pedir que se la obligue a deducir demanda dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento, si no lo hace, de no ser oída después sobre aquel derecho. Este plazo podrá ampliarse por el tribunal hasta treinta días, habiendo motivo fundado.

De la norma transcrita se desprende que, en el caso de ser acogida la acción de jactancia, se impone a quien se atribuye el derecho la carga de hacer efectiva dicha pretensión, bajo el apercibimiento de no ser oído después. Nuevamente, se trata de una limitación al principio dispositivo, ya que establece una consecuencia perniciosa para el posible titular de un derecho, extinguiéndose su derecho a la tutela judicial por no haberla ejercido cuando ha sido coaccionado a ello. En el evento de impetrar en un momento distinto su acción, se podrá interponer la excepción de cosa juzgada, por lo que se colige que existe una limitación que nos parece aún más importante del señorío que se tiene sobre los propios intereses que la que supondría un efecto expansivo del objeto de la cosa juzgada.

Estas dos figuras suponen un reconocimiento en la legislación a que el principio dispositivo puede ser limitado en casos en que se deban preferir los intereses tanto

del estado actual de la cuestión véase GARCIA RODULFO, Lisardo. La acción de jactancia: estado de la cuestión y propuesta de recuperación normativa de una acción procesal civil. Revista de Estudios Jurídicos. N° 19. 2019. pp. 107-134.

¹⁶¹⁹ PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. 1932, La acción declarativa (un estudio de historia, doctrina y legislación procesales). Revista General de Legislación y Jurisprudencia. N° 161. 1932. pp. 181 y ss.

generales como de la otra parte¹⁶²⁰, y tienen una notoria consonancia con la idea aquí planteada respecto a una expansión de los límites objetivos de la cosa juzgada.

El establecimiento de efectos objetivos extensos de la cosa juzgada se hace indispensable, pero mantiene el respeto por la autonomía y disposición de los ciudadanos, pues siempre podrá elegir recurrir o no a la justicia, y hacerlo en los términos que mejor estimen, pero con la limitación de contar con una única oportunidad, la que, dotada de todas las garantías procesales necesarias, deberá ser suficiente para la tutela de dichos intereses¹⁶²¹.

En términos de CALAZA, establecer un objeto virtual permite proteger la *res judicata* eliminar la mala praxis de la “interposición de demandas formuladas desde diversas perspectivas, puntos de vista o ángulos jurídicos que pretenden obtener una respuesta judicial distinta a la obtenida en un proceso anterior”¹⁶²², lo que, finalmente supone un ejercicio artero e incluso desleal para con la contraparte y el sistema en general, pues mediante esa nueva presentación no se busca otra cosa que mejorar la posición obtenida en el primer fallo, y, en resumidas cuentas, burlar la cosa juzgada¹⁶²³.

La cosa juzgada virtual, entonces, supone una institución de control del principio dispositivo, pero en ningún caso una expropiación de dicha facultad de las partes, cumple una función profiláctica que hace primar la naturaleza pública del proceso por sobre el mero interés privado individual, pero mantiene intacto el poder de las partes de recurrir a los tribunales en busca de tutela, privilegiando la buena fe y, como ha señalado PICO I JUNOY en España y el NCPCB de Brasil, obtener la máxima eficacia del proceso civil en la oportunidad concedida¹⁶²⁴.

b) Crítica desde el Derecho a Defensa

¹⁶²⁰ *Sentencia Corte Suprema de 30 de julio de 2014, Rol N° 2947-2014* Considerando Undécimo “Las únicas excepciones que el ordenamiento reconoce a la regla básica de la libertad del ejercicio de acción son la demanda de jactancia y la citación a que se refiere el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil. En todo lo demás, es decir, en el gran espectro de las prerrogativas jurisdiccionales, quienes se consideran titulares de derechos exigibles están en situación de requerirlos, pero únicamente mientras su acción se encuentre vigente, dentro del marco de las reglas generales, que, como dicho, gozan de la naturaleza de derecho público y no se encuentran a disposición de los contratantes”.

¹⁶²¹ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 191.

¹⁶²² *Ibíd.* p. 191

¹⁶²³ *Ibíd.*

¹⁶²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho procesal. Op. Cit. p. 274. En Brasil véase “mayor rendimiento posible” en el Mensaje del NCPCB.

Un segundo conjunto de críticas contra la expansión de la cosa juzgada virtual viene dado por la posible vulneración del derecho a la defensa, entendido como una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, contenida en instrumentos constitucionales e internacionales que se manifiesta como el derecho a la afirmación del demandante y a la debida noticia y oportunidad de defensa del demandado¹⁶²⁵.

El debate se cimenta en que la aproximación a la cosa juzgada virtual atentaría contra este derecho al producir indefensión en el entendido que quedarían cubiertas por la *res judicata* fundamentos, alegaciones, causas de pedir y justificaciones de hecho y de derecho que no fueron alegadas, debatidas ni probadas por las partes¹⁶²⁶, quedando atadas por una cadena invisible de la que podrían ni siquiera haber tomado conocimiento.

Así, en Chile HUNTER, con ocasión de la discusión sobre *iura novit curia*¹⁶²⁷, señala que solo lo realmente discutido y fallado puede estar sujeto al efecto de cosa juzgada, señalando que es “insostenible justificar la procedencia de la cosa juzgada en aspectos que no han sido objeto de un debate en el proceso”¹⁶²⁸, ya que, si no se ha podido discutir dentro del objeto actual del proceso una determinada calificación jurídica o fundamento, no corresponderá dotar de los efectos de estabilización de la cosa juzgada a dicha calificación.

En España, la doctrina al tenor de los efectos del artículo 400.1 también ha discurrido sobre esta problemática, como señala TAPIA, dar el efecto de *res judicata* a lo que no ha sido *res judicanda* engendra un peligroso riesgo de indefensión¹⁶²⁹, especialmente frente al estado que podría expropiar la pretensión -o la defensa según el caso- de los justiciables.

La crítica parece atendible, pero para opinión de este trabajo parece ser una discusión de consecuencias más teóricas que prácticas. No se pretende, ni nos parece posible, que el

¹⁶²⁵ Definido por Montero Aroca como “como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, y para ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan incluir en la resolución judicial. MONTERO AROCA, Juan et al. Op. Cit. p. 246. GIMENO SENDRA, Vicente. Diccionario de Derecho Procesal. Op. Cit. p. 158. PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho procesal. Op. Cit. p. 275.

¹⁶²⁶ HUNTER AMPUERO, Iván. *Iura novit curia*...Op. Cit. p. 635.

¹⁶²⁷ Para un mayor detalle sobre esta discusión véase *supra* Parte Segunda 2.2.1.1.

¹⁶²⁸ HUNTER AMPUERO, Iván. *Iura novit curia*... Op. Cit. p. 633.

¹⁶²⁹ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El objeto del proceso. Op. Cit. p. 134. En el mismo sentido, en Perú véase APOLIN, Dante. Op. Cit. p. 284.

derecho a la defensa pueda ser comprimido o morigerado en el primer proceso, pues no se impide -de forma alguna- que las partes hagan libre ejercicio de sus defensas y expongan sus fundamentos y alegaciones de forma oportuna y completa. Asimismo, la extensión de la cosa juzgada tenderá a beneficiar a la parte demanda, que en caso de obtener un triunfo ante la desestimación de la pretensión sabrá que habrá prevalecido no solo en este proceso, sino que en todos los otros que podrían haberse generado con ocasión de la misma causa de pedir o de los mismos hechos. Por otro lado, si el victorioso es el demandante, no parece razonable esperar que volviese a accionar fundado en una causa de pedir o en alegaciones distintas a las ya echas valer, sin que ello suponga un ejercicio malicioso y contrario a la buena fe procesal, que inspira el deber de comportamiento leal tanto entre las partes como para con la judicatura y el sistema en su totalidad.

En este sentido, como señala CALAZA¹⁶³⁰, se descubre la necesidad de manejar con exhaustividad y pericia la decisión de elegir, qué tutela específica se va a solicitar, en que se ha de fundar y que alcance quiere dársele al someterla a consideración del tribunal. Lo anterior, vuelve a poner de manifiesto la función heurística de la cosa juzgada, pues supone que la consecuencia final del proceso se proyecte a un momento inicial obligando a los intervinientes a tomar determinadas decisiones, es decir, si las reglas de *res judicata* son amplias la conducta de los eventuales demandantes -y sus asesores letrados- toma en consideración esos efectos y actúa conforme a ello, planificando de la mejor manera posible la estrategia litigiosa. Algo similar ocurre con la defensa que, a sabiendas de las consecuencias preclusivas de la sentencia deberá planificar y hacer valer todas las excepciones y defensas que considere necesarias.

Por ello, no se trata de amenazar el legítimo ejercicio del derecho a defensa, sino de ponderar los derechos y garantías constitucionales del individuo en función del colectivo¹⁶³¹. Resulta innegable que bajo una efecto restringido de la cosa juzgada las partes pueden ejercer una defensa más acuciosa en todas las oportunidades en que sea necesario, pero ello colisiona inevitablemente con la intención de clausura de la *res judicata* en cuanto a su definición misma, toda vez que en busca de los fundamentos comunes de la institución, como la seguridad jurídica y el interés individual en no ser

¹⁶³⁰ CALAZA LOPEZ, Sonia. Op. Cit. p. 194.

¹⁶³¹ BALDUSSI, Carolina. El derecho de defensa en juicio vs. Cosa juzgada: tensión entre dos pilares constitucionales. Revista Invenio. Vol. 9. N° 16. 2006. p. 13.

perturbado nuevamente por el mismo asunto, siempre será posible vislumbrar un conflicto entre la certeza y seguridad que entrega la cosa juzgada y la posibilidad de una discusión renovada con mejores argumentos¹⁶³².

Lo anterior no resulta baladí, pues finalmente el privilegiar una sobre otra, o en determinada medida de ponderación de una por sobre la otra, se debe tomar una decisión de política pública legislativa, que supone diagramar y delinear el proceso civil completo¹⁶³³. Si se comprende un sistema de justicia como servicio estatal, deberán siempre considerarse circunstancias multidimensionales como el tiempo, el costo, la molestia y la calidad del servicio -como sinónimo de corrección- lo que obligará a buscar un equilibrio adecuado en la arquitectura del sistema¹⁶³⁴.

La fórmula del alcance de la cosa juzgada elegida por el legislador para el funcionamiento del sistema de justicia no tiene un único modelo, y requiere que el sistema en su conjunto sea coherente y congruente con dichas decisiones. De esa manera, ante la consagración de un efecto amplio de la cosa juzgada parece del todo necesario dotar al primer proceso de todas las salvaguardas que permitan que el derecho a defensa sea efectivamente ejercido.

Por ejemplo, optar por la utilización de un objeto virtual, que requiere un ejercicio planificado de la introducción de la pretensión al proceso, debe ir en concordancia con la necesidad de una comparecencia obligatoria o perceptiva del patrocinio de abogado, y permitir que dentro de un mismo procedimiento existan herramientas que permitan tramitar pretensiones emanadas de los mismos hechos en forma conjunta, evitando el fraccionamiento por motivos de procedimiento.

2.2.2 AMPLIACIÓN SUBJETIVA

Desde el punto de vista de los límites subjetivos se han examinado las aproximaciones continentales tradicionales, como lo que ocurre en Chile y España; y la perspectiva del derecho anglosajón¹⁶³⁵. Siguiendo la noción esgrimida anteriormente en este trabajo, si comprendemos que la cosa juzgada se posiciona como la regla de clausura de un sistema de justicia entendido como un servicio público resultará indispensable revisar la

¹⁶³² ANDREWS, Neil. *Andrews on Civil. Op. Cit.* p. 464.

¹⁶³³ GANDULFO RAMIREZ, Eduardo. *Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas: ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico. Ius et Praxis, Vol. 15. N° 1. 2009. pp. 125-128.*

¹⁶³⁴ ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil. Op. Cit.* p. 27. CADIET, Löic, *Op. Cit.* p. 349

¹⁶³⁵ Véase *supra* Parte Segunda 2.3; Parte Tercera 2.1.1.3.

pertinencia de su expansión en términos subjetivos, y cuestionar el principio del efecto *inter partes* de la cosa juzgada, mantenido celosamente hasta el día de hoy¹⁶³⁶.

En ese contexto, en la sección anterior se han proveído ejemplos que pueden verificarse en la justicia civil en el que la repetición de juicios en los que existe identidad de objeto del proceso, pero es la diferencia de sujetos la que puede resultar problemática¹⁶³⁷.

A este respecto, como se ha expresado supra, la doctrina continental ha discutido latamente sobre que debe entenderse realmente como efecto respecto de los terceros, en el entendido de que se trataría más de efectos expansivos de la sentencia y no propiamente tal de la cosa juzgada. Este debate, complejo per se, no tiene solución unívoca y genera situaciones en las que existe indeterminación del alcance de los efectos de la *res judicata*.

En lo particular, el problema que pretendemos abarcar pivotea sobre las consecuencias intersubjetivas que pueden atribuirse al efecto positivo de la cosa juzgada, en tanto se ha entendido que es posible que afecte a terceros cuyas relaciones jurídicas tengan como antecedente de prejudicialidad lo resuelto en el primer proceso¹⁶³⁸. Sin embargo, la nebulosa de la discusión ha llevado a señalar que, en realidad, se trata de efectos material-jurídicos de la sentencia más que realmente cosa juzgada¹⁶³⁹, en atención a la falta de identidad de las partes. Asimismo, incluso quienes sostiene que es posible afectar estas relaciones de terceros, como LIEBMAN, sostiene que siempre podrá reclamarse por dicho tercero la revisión de lo resuelto, toda vez que respecto de si no ha habido un juzgamiento, lo que denomina la desaplicación de la cosa juzgada¹⁶⁴⁰.

Ante esta madeja de argumentos y sus ramificaciones eminentemente teóricas, parece razonable dar una regulación expresa, que solucione problemas de forma pragmática y que de operatividad a las reglas de clausura respecto de casos específicos. Las dificultades se presentan en dos grandes hipótesis posibles que la cosa juzgada debería poder remediar mediante una expansión subjetiva relativa o intermedia especialmente enfocada en el efecto positivo o prejudicial.

a) Identidad de objeto del proceso ante distintos sujetos relacionados

¹⁶³⁶ Véase supra Parte Segunda 2.3 en particular 2.2.1.1.4.3.

¹⁶³⁷ Véase supra Parte Cuarta 1.2.3 Ejemplos 3, 4, y 5.

¹⁶³⁸ Véase supra Parte Segunda 2.2 en particular 2.2.1.1.4.3.

¹⁶³⁹ ALLORIO, Enrico. Op. Cit. p. 67. MENESTRINA, Francesco. Op. Cit. p. 13. ROSENDE VILLAR, Cecilia. Op. Cit. p. 496.

¹⁶⁴⁰ LIEBMAN, Enrico. Manual de Derecho. Op. Cit. p. 603.

Se trata de situaciones en las que un demandante ha impetrado una acción contra un demandando y su pretensión no ha sido estimada. Si para en el proceso no se ha probado una de las cuestiones de hecho o derecho necesarias para la concurrencia de la tutela solicitada (una cuestión prejudicial o un *issue* en el *common law*) y ello consta en la sentencia, no parece razonable que ese mismo sujeto intente la misma acción contra un tercero que no ha sido parte del primer proceso, pero que tiene una relación con el primero. Este vínculo debería interpretarse restrictivamente, pero dejando cubiertas las hipótesis más inmediatas, como serían las relaciones societarias entre compañías filiales o coligadas, entre sociedad y accionista y entre deudor principal y garantes, como fiadores y codeudores solidarios.

No se propone una extensión del efecto negativo abandonando el principio *inter partes*, sino que la posibilidad de que el efecto positivo o prejudicial pueda beneficiar a los intervinientes en el segundo juicio respecto de todas aquellas cuestiones que hayan sido resueltas y que tengan una función prejudicial respecto del segundo proceso. La diferencia con la consagración actual del efecto positivo en aquellos países que lo consagran -como España y Brasil- es que no se trataría de un proceso distinto entre las mismas partes con objeto conexo, sino que es el mismo objeto, pero sujetos distintos.

Así, quien ha visto desestimada la demanda de responsabilidad del causante del daño extracontractual por no haberse probado la existencia de alguno de los requisitos de la responsabilidad respecto de un dependiente, y busca demandar a la empresa principal en un segundo proceso, no podría nuevamente volver a discutir la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad del dependiente. Lo anterior no significa, necesariamente, que la demanda vaya a ser desestimada, sino que dependerá del tratamiento sustantivo de la misma.

Por ejemplo, si en el primer proceso la responsabilidad del dependiente se desestima por no estimarse que haya un actuar negligente, dicha falta en el factor de atribución quedará fijado por la sentencia y no podrá volver a discutirse respecto del empresario principal, pero si la ley sustantiva establece un estatuto de responsabilidad por el hecho ajeno de carácter objetivo o estricto, sin que deba mediar la culpa del dependiente, la acción no necesariamente será rechazada¹⁶⁴¹.

¹⁶⁴¹ Para un estudio completo del estatuto de responsabilidad del empresario véase ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su

De la misma manera si en el juicio contra el deudor principal se desestima la demanda por la nulidad del contrato, no podría volver a discutirse nuevamente su validez respecto del sujeto fiador.

Al respecto, diversas jurisdicciones tienen aproximaciones distintas en algunas hipótesis específicas, un caso que sirve de ilustración a que estas situaciones se encuentran reguladas es el de solidaridad pasiva¹⁶⁴². En Chile, una parte de la doctrina civil entiende que lo fallado respecto de cualquier de los codeudores solidarios afecta a todos los demás, haciéndole explícitamente extensiva la cosa juzgada en función de la unidad de prestación que une a los deudores en las obligaciones *in solidum*¹⁶⁴³, mientras que otro sector considera que los vínculos son independientes, sin perjuicio de la obligación común, y que no debería operar este efecto de forma tan amplia¹⁶⁴⁴.

No parece razonable que el sistema tolere que se discutan cuestiones ya resueltas que afectan el segundo proceso por el solo hecho de que el sujeto es distinto, ya que dada su vinculación con el objeto del proceso original no podría señalarse una completa ajenidad, siendo los motivos para esta prohibición los mismos que subyacen la intención expresada en esta investigación respecto de la necesidad de ampliar la cosa juzgada¹⁶⁴⁵.

Asimismo, desde la perspectiva teórica no se trataría de un efecto extensivo de la sentencia, o una parte del efecto material en términos de ROSENDE y el parte importante de la doctrina procesal¹⁶⁴⁶, sino de la cosa juzgada en sí misma, en tanto efecto positivo. Se plantea una idea similar al concepto de *issue estoppel* respecto de los *privies* en el

dependiente. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1995. Una cuestión similar podría ocurrir si es que se considera que el sujeto causante del daño es un incapaz y existe un estatuto de responsabilidad especial para el tutor.
¹⁶⁴² Como señala Romero se trata de “Uno de los temas más complejos en el estudio de los problemas procesales de las obligaciones solidarias es el de la cosa juzgada⁶⁸. Las dificultades surgen tanto respecto de los efectos negativos como de los denominados efectos positivos o prejudiciales. La discusión teórica no ha sido pacífica ni ha estado libre de contradicciones, especialmente, en relación con la situación de los otros codeudores que no han sido emplazados al juicio en la que se reclama la prestación única debida por varios a la vez”. ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La obligación solidaria pasiva y debido proceso. Revista Chilena de Derecho. Vol. 46. N° 1. 2019. p. 117.

¹⁶⁴³ En tal sentido en Chile véase el reciente estudio de CORRAL TALCIANI, Hernán. Obligaciones solidarias y cosa juzgada en el juicio ejecutivo. En: BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia *et al* (Editores). Estudios de Derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas nacionales de Derecho Civil. Thomson and Reuters. Santiago. 2018. pp. 351-369. En España véase ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad. Derecho privado y Constitución. N° 15. 2001. pp. 41-68.

¹⁶⁴⁴ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La obligación solidaria. Op. Cit. p. 118.

¹⁶⁴⁵ Véase *supra* Parte Cuarta 2.1.2

¹⁶⁴⁶ ROSENDE VILLAR, Cecilia. Op. Cit. p. 494. DÍAZ CABIALE, José. Op. Cit. pp. 96-98. ALLORIO, Enrico. Op. Cit. pp. 90-106.

derecho del *common law*, en el que la *res judicata* cubre a determinados sujetos con un vínculo jurídico determinado con las partes de ese primer proceso¹⁶⁴⁷.

De cualquier manera, esta hipótesis de regulación parece necesaria como complemento de cierre de un sistema que debe arbitrar otros medios para prevenir litigios sucesivos entre sujetos vinculados, como son la posibilidad de conformar litisconsorcios pasivos amplios y acumular procesos y acciones¹⁶⁴⁸.

b) Identidad de objeto del proceso en casos de diversos titulares de intereses afectados por un mismo hecho

Otro caso que merece una regulación especial es aquel en que un mismo hecho genera consecuencias para varios sujetos, que podrían aprovechar los hallazgos realizados en el primer proceso para evitar volver a discutir nuevamente dichas cuestiones. Naturalmente, se trata de una situación subsidiaria a la conformación de un litisconsorcio activo o la hipótesis examinada *supra* del Art. 21 del CPC chileno¹⁶⁴⁹. Se trata de situaciones, como, por ejemplo, en las que existe un daño causado a un número variado de personas a quienes las consecuencias perniciosas no se manifiestan al mismo tiempo, y que demandan en momentos diversos. Así, si se ha establecido la conducción negligente del chofer de un autobús en el juicio¹, no parece razonable que se vuelva a discutir en todos los procesos que puedan originarse respecto de cada uno de los pasajeros dañados, pudiendo aplicarse el efecto positivo intersubjetivo de la cosa juzgada respecto de ellos en cuanto a cuestiones generales que hayan quedado establecidas ya por la sentencia, debiendo discutirse las circunstancias especiales aplicables a cada demanda, como por ejemplo la veracidad de la existencia del daño.

Establecer este tipo de criterio de forma expresa guarda relación con los fundamentos de la cosa juzgada, pero también con los que sirven de sustento a la acumulación de procesos y acciones, en las que cuando los mismos hechos puedan dar origen a diversos procedimientos paralelos se busca privilegiar la economía procesal, que debe traducirse en exclusión de gastos y las posibles dilaciones innecesarias que puedan suscitarse de la

¹⁶⁴⁷ Véase *supra* Parte Tercera 2.1.1.3

¹⁶⁴⁸ En ese sentido Art. 12.2 y 74-78 de la LEC. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. La Acumulación de Acciones y Procesos en el Proceso Civil. La Ley. Madrid. 2000. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. p. 262. pp. 18-20. Art. 18 y 92 del CPC chileno.

¹⁶⁴⁹ Véase *supra* i) Artículo 21 del CPC chileno

tramitación por separada y evitar la dispersión judicial y la posibilidad de sentencias contradictorias¹⁶⁵⁰.

Asimismo, en el caso chileno, sería el contrapunto necesario del derecho del demandado de solicitar la adhesión de todos los demandantes (Art. 21), dotando al sistema de coherencia, toda vez que en caso de aplicarse dicha disposición existirá cosa juzgada excluyente respecto de los demandantes.

2.3 REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

El presente capítulo ha tratado de servir de corolario de la investigación en su conjunto, en el cual la descripción de la cosa juzgada en su operatividad dentro de los sistemas de justicia civil de Inglaterra y Gales y Chile han servido de muestras representativas de sus respectivas tradiciones jurídicas. En cada una de ellas la *res judicata* expresa un retrato de la estructura de los procesos civiles, y marca el pulso de la evolución de la aproximación estatal hacia la justicia durante los últimos dos siglos.

En ese contexto, se ha hecho presente que la forma en que el proceso civil diagrama las reglas que clausuran el debate e inalterabilidad de las decisiones mediante el diseño y alcance de la *res judicata* es una de las más relevantes vías de estudio comparado de la justicia civil¹⁶⁵¹. Esta relevancia viene dada porque la cosa juzgada, en tanto figura distintiva del proceso como actividad pública jurisdiccional debe ser coherente con la construcción completa del sistema, congruente con el procedimiento específico en el caso particular, pero también consecuente con la ingeniería en términos agregados de todo el sistema y de la satisfacción de todos sus usuarios.

En ese entendido, si una parte significativa de los países de ambas tradiciones jurídicas han tenido una evolución en sus procesos civiles en los últimos 100 años, y en todos ello ese proceso ha desembocado en reformas de nuevas leyes y códigos procesales con

¹⁶⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Op. Cit. p. 145. GUZMÁN FLUJA, Vicente y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. Acumulación de procesos. Casos especiales de acumulación necesaria: Arts. 74 - 98 LEC. Revista InDret. Vol. 1. 2009. p. 2 “Bajo la rúbrica de Finalidad de la acumulación de procesos, el art. 74 sólo nos hace alusión a la respuesta procesal procedente al objeto de tratar en un solo procedimiento cuestiones conectadas entre sí que desaconsejan un tratamiento separado porque la sentencia que recae en uno de ellos pueda tener efectos perjudiciales en otro o porque la conexión existente entre los objetos de los diferentes procesos acumulados pudiera llegar a pronunciamientos contradictorios, incompatibles o excluyentes mutuamente, de conocerse de forma separada”.

¹⁶⁵¹ Véase *supra* Parte Primera 1.1. Parte Cuarta 1.1.

cambios significativos de paradigmas en cuanto al ideal del proceso, las reglas de cierre del sistema deben girar en función de los nuevos pivotes, adaptándose a los objetivos que el proceso civil va adquiriendo conforme su estructura muta para ir dando cumplimiento a dichas funciones¹⁶⁵².

Si, en general, el proceso civil ha transitado desde un enfoque privado, caracterizado en la proyección de los ideales decimonónicos del derecho privado sustantivo -centrado en la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo- hacia una noción pública de un sistema de justicia en el que el proceso cumple una función constitucional en la tutela judicial de los intereses legítimos de los ciudadanos, el desarrollo uniforme del derecho y la resolución de conflictos con alcances supraindividuales, la cosa juzgada no puede mantenerse confinada a una función exclusivamente enfocada en la protección de los intereses privados¹⁶⁵³.

Si el proceso civil requiere una visión interdimensional, en la que éste se platea como un servicio público estatal que debe solucionar contiendas individuales sin que ello signifique un costo de recursos y tiempo más alto de lo que el sistema en su conjunto y los otros usuarios deben tolerar, teniendo presente la creciente demanda¹⁶⁵⁴ el aumento del costo y la complejidad sobrevenida, ello requerirá que las reglas que cierran el debate e impiden su repetición orbiten en función de los mismos objetivos.

Por ello, la cosa juzgada debe cumplir un rol que se desasocie de la protección exclusiva del sujeto individual en tanto impide que vuelva a ser molestado dos veces por el mismo asunto, y erigirse como una forma de protección bicéfala, que apunte a lo individual y privado, así como a lo colectivo y público. Estos objetivos, como se ha intentado demostrar, no son contradictorios sino completamente complementarios. Cuando el sistema protege a la parte vencedora o vencida de un segundo juicio sobre el mismo objeto protege los intereses privados, dotando de determinación y seguridad a las relaciones jurídicas que han transitado en *res judicata*. Sin embargo, como se ha expresado en la Parte Primera¹⁶⁵⁵, la seguridad jurídica individual vista en términos agregados otorga seguridad al sistema completo, confirmado las expectativas normativas de todos los

¹⁶⁵² Véase *supra* Parte Cuarta 2.1.1.

¹⁶⁵³ Véase *supra* Parte Cuarta 2.1.1.2.1.

¹⁶⁵⁴ ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public. Op. Cit. p. 1-5.

¹⁶⁵⁵ Véase *supra* Parte Primera. 1.3.1.

operadores del tráfico jurídico, incrementando la previsibilidad de las soluciones y aumentando la confianza en el sistema.

De la misma manera, cuando se prohíbe el *bis in idem* entre los particulares el sistema se protege de las posibles incoherencias derivadas de una segunda -o tercera- sentencia sobre el mismo asunto, y solidifica la función jurisdiccional y el respeto de los justiciables por dicha labor. Asimismo, estas reglas de clausura permiten que no se vuelva a incurrir en costos estatales y particulares derivados de la litigación, dejando disponibilidad para otros usuarios del sistema.

Como consecuencia de lo anterior, resulta indispensable hoy en día pensar la cosa juzgada de forma amplia, extendiendo su alcance en términos objetivos, más allá del contenido seleccionado por las partes en su litigio, y en ocasiones especiales más allá del tradicional límite subjetivo. En ese sentido el estudio comparado resulta particularmente útil de cara al proceso de reforma actualmente vigente en Chile, pues permite observar como otras jurisdicciones han intentado hacerse cargo de estas necesidades.

Por ello el enfoque notoriamente más amplio tanto subjetivo como objetivo dado en el *common law* es una poderosa herramienta, que permite dar perspectiva a cómo funcionan reglas extensivas de clausura en un sistema de justicia de alto rendimiento y demanda, pero que goza de prestigio y respetabilidad por sus usuarios y operadores. Instituciones como el *issue estoppel* o el *abuse of process* resaltan en dicho horizonte, y su adaptación a la realidad de una cultura jurídica como la de países latinoamericanos no parece en caso alguno imposible. En íntima relación con ello, cabe destacar el notable avance que España ha dado en tal sentido, espacialmente con la entrada en vigor de su LEC en el año 2000. Esta norma, principal fuente de inspiración comparada para el NCPC en Chile, expandió sustancialmente el ámbito de aplicación de la cosa juzgada mediante la consagración legislativa expresa del efecto positivo de la cosa juzgada (Art. 222.2) y la incorporación de los efectos preclusivos a cuestiones no deducidas pero que pudieron haberlo sido, tal como lo señala el artículo 400.1.

En la misma línea, el NCPCB brasileño supone la más reciente experiencia reformista, en el que se sigue explícitamente un modelo similar al del derecho anglosajón en lo relativo a la cosa juzgada, especialmente en lo relativo al *issue estoppel*. Esta nueva perspectiva incorpora la noción pública de la cosa juzgada y la necesidad de que se considere al proceso como un servicio general a cargo de tutelar los intereses de los ciudadanos, lo

que justifica que a cada acto de adjudicación pueda extraérsele el mayor rendimiento posible de cara al funcionamiento completo del sistema. Asimismo, los mencionados procesos dejan en evidencia que es perfectamente posible expandir la operatividad de la *res judicata* sin perjudicar los derechos fundamentales asociados al proceso, como el principio de audiencia y el derecho a defensa.

Estas experiencias, incluyendo una geográfica y culturalmente cercana como la brasileña, suponen la posibilidad de que con ocasión de la etapa final de la discusión del nuevo código chileno se agregue una regulación extensa a la cosa juzgada, en la que sigan los ejemplos mencionados.

Adicionalmente, el actual momento del desarrollo de la tecnología aplicado al procedimiento y a los actos jurisdiccionales mediante algoritmos, inteligencia artificial y automatización de procesamiento de datos y expedientes, permite dar un salto en la forma en la que la justicia civil ha sido concebida hasta ahora, especialmente en la reducción de tiempos y costos asociados a trámites que hasta hace poco tiempo debían hacerse en papel, y que suponían la imposibilidad material en muchos casos de siquiera poder llevarse a cabo. Tal como señala BARONA, existe una verdadera algoritmización de la justicia, entendida como verdadero medio “o cause de realización de actos procesales”¹⁶⁵⁶. En ese sentido, como esta investigación ha mostrado, es posible que mediante plataformas digitales, como la Oficina Judicial Virtual en el caso chileno, se realice una comparación entre procedimientos asociados a las mismas partes, clasificando por materia, cuantía, tipo de tutela, etc; poniendo dicha información a disposición del tribunal para una toma de decisión *in limine litis* respecto de presupuestos procesales que incluya la posible existencia de identidad subjetiva y objetiva de cara a la cosa juzgada.

De esta manera, de cara al proceso de reforma procesal civil actualmente vigente en Chile, parece adecuado tomar la tardanza en su discusión parlamentaria como una oportunidad de incorporar una propuesta expansiva a la regulación del Proyecto de CPC, especialmente en el Capítulo II del Libro Primero, artículos 214 a 218 de la cosa juzgada,

¹⁶⁵⁶ BARONA VILAR, Silvia. Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?. Revista Boliviana de Derecho. N°28. 2019. p. 37. En el mismo sentido, en data reciente, GOMEZ COLOMER, Juan Luis. La Contracción del Derecho Procesal Penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 2020. p. 429.

especialmente en la que se agregue al actual artículo 218 los elementos que en este trabajo se han explicado¹⁶⁵⁷.

De esa manera, una propuesta personal de una cosa juzgada comprensiva deberá incluir, además de lo ya contenido, los siguientes criterios:

- a) Cubrir lo deducido y lo deducible, impidiendo la fragmentación de la litigación, permitiendo a las partes ejercer sus derechos, pero sin que ello signifique un uso inadecuado del sistema. Se estimula, mediante la función heurística de la cosa juzgada la planificación de la estrategia litigiosa más eficiente. Así, se evita una división del contenido de la o las pretensiones que emanan de los mismos hechos y que albergan el eventual uso excesivo de una misma parte(s) del sistema de justicia para satisfacer intereses jurídicamente relevantes que podrían haberse hecho valer en forma conjunta.
- b) Deberá alcanzar en determinadas hipótesis del efecto positivo a sujetos que no participaron a nombre propio en el juicio, pero que en virtud de su vínculo con el objeto o con los sujetos deberán entenderse igualmente cubiertos por sus efectos
- c) Deberá poder declararse de oficio, sin necesidad de que las partes la aleguen, sin perjuicio de que estas conserven su derecho a hacerlo. Lo anterior, en un sistema que ya funciona completamente digitalizado, en que la búsqueda de procesos entre las mismas partes esta automatizado es instantánea, permitía al tribunal constatarlo fácilmente *in limine litis*.

Sin perjuicio de que la propuesta se basa en el modelo chileno de proceso civil en actual revisión, resulta manifiesto que cualquier otro sistema de justicia de tradición continental, que por lo demás -y tal como se ha expresado en esta investigación- está sujeto a los mismos problemas de implementación y funcionamiento, sería receptor de este tipo de medidas, ya que responden a un modelo contemporáneo de sistema de justicia.

En ese contexto, estados latinoamericanos podrían seguir por particular interés este proceso, tal como ha mostrado el ejemplo de Brasil, teniendo presente la urgencia de

¹⁶⁵⁷ El actual artículo 218 del Proyecto de Código Procesal Civil reza: Art. 218.- *Extensión o límites de la cosa juzgada. La cosa juzgada se extiende al fallo que se pronuncie sobre las pretensiones y excepciones comprendidas en el proceso.*

Salvo disposición expresa en sentido contrario, la cosa juzgada alcanza y puede alegarse por las partes del proceso en el que la sentencia que se invoca se dictó, por sus causahabientes y por todos aquellos a quienes, según la ley, se extienda el fallo, aunque no hayan litigado en el juicio. Asimismo, el tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 216, podrá, hasta la audiencia preliminar y previa audiencia de las partes, declarar de oficio la existencia de litispendencia o de cosa juzgada.

reformas pendientes al proceso civil en dicho contexto geográfico y la constante escasez de recursos estatales para poder destinar a la justicia civil. Por ello resulta indispensable volver al proceso civil más eficiente y dejar de lado el enquistado recurso a los intereses privados que justifican una justicia civil individualista, centrada en la causa particular sin mirar el funcionamiento general del sistema. Como ejemplo del abandono de lo que se considera tradicional puede tomarse la renuncia a la adversarialidad del proceso civil inglés -y del *common law* en general- y el giro hacia una gestión judicial de los casos, que permitió la supervivencia del sistema en dichas jurisdicciones.

Para ello reformar las reglas de la cosa juzgada mediante su expansión puede suponer un paso determinante y definidor en busca de ese objetivo.

CONCLUSIONES

La tesis defendida en este trabajo ha tenido como objetivo diagramar la estructura de la cosa juzgada en el contexto general de las reglas de clausura del proceso civil, desde una perspectiva comparada de las tradiciones del Derecho Continental y el Derecho Anglosajón, tomando como referencias el ordenamiento procesal chileno y el actualmente vigente en Inglaterra y Gales, respectivamente. En ese cometido, se ha considerado a la legislación, jurisprudencia y doctrina españolas como una fuente imprescindible atendida la influencia sobre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, y, muy especialmente la que su reforma a la LEC de 2000 ha significado a tal respecto.

Para ello, se ha explorado el origen, concepto, fundamento y regulación positiva en ambas familias jurídicas, en aras de poder realizar una reconstrucción teórica de la *res judicata* desde una perspectiva contemporánea, inmersa en sistemas de justicia civil comprendidos como servicios públicos entregados por el Estado para la legítima reivindicación judicial de los intereses de los ciudadanos. Es decir, como un mecanismo estatal que administra un bien público, la justicia civil, necesaria para la configuración del Estado mismo como organización política respetuosa de los ciudadanos que lo componen.

Teniendo en consideración las ideas anteriormente planteadas, es posible arribar específicamente las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Todo sistema de justicia a lo largo de la historia del mundo occidental y del desarrollo de sus sistemas de administración estatal de justicia, tanto en la tradición del *civil law* como en el *common law*, ha contado con un conjunto de reglas de funcionan como mecanismo de cierre o clausura de la litigación civil. Ese conjunto de reglas típicamente ha sido denominado *res judicata* (cosa juzgada) y se encuentra presente hasta el día de hoy en ordenamientos jurídicos sofisticados y complejos, en los que resulta palmaria su relevancia, regulación y esencialidad en la estructura del proceso civil. Asimismo, en todos ellos es posible encontrar determinados elementos comunes, como la reserva jurisdiccional de la institución, la necesidad de un pronunciamiento sobre el fondo que sea final y el alcance subjetivo respecto de las partes que hubieren intervenido

como parte de las garantías que ofrece el marco normativo en el que se encuentra inmerso el proceso.

SEGUNDA. La cosa juzgada se considera, conceptualmente, como una regla -o conjunto de ellas- que cumple una doble función: primero, una tarea extintiva de la litigación actual, poniendo fin a la contienda presente mediante la imposición de la inmutabilidad de la decisión judicial que ha resuelto la disputa, de forma tal que se impone un término o momento definitivo o final en el que el derecho impide la continuación de la discusión, y por consiguiente de la indeterminación de los intereses en liza.. Segundo, la cosa juzgada cumple un rol prospectivo, por el cual se impide la reiteración de la litigación sobre el mismo asunto y respecto de las mismas partes en todo procedimiento posterior. De esta manera, se ha dicho, el resultado del primer proceso debería ser el resultado de cualquier otro proceso sobre lo mismo.

TERCERA: La cosa juzgada es construida teóricamente como una regla que privilegia la estabilidad de las decisiones judiciales, aun en desmedro de la corrección de su contenido, para viabilizar la seguridad jurídica (derecho continental) y la certidumbre (derecho anglosajón) que la definitividad de las decisiones judiciales pretende, de forma tal de reforzar la confianza en la resolución estatal de los conflictos entre los justiciables, y, con ello fortaleciendo el Estado de Derecho. En este sentido, se crea a nivel teórico una paradoja de definitividad en desmedro de la posibilidad de certidumbre, como sinónimo de la posibilidad de continuar indefinidamente con su búsqueda mediante la prolongación del litigio. Dicha decisión se supone esencialmente político-jurídica y supone ser tomada por los órganos representativos respectivos fijando su alcance y amplitud de forma coherente con el respectivo sistema de justicia.

CUARTA: Además de la seguridad jurídica y la certidumbre la *res judicata* ha sido justificada en criterios de política pública atendiendo el funcionamiento racional del sistema de justicia en su conjunto y reafirmando la necesidad de consistencia del sistema de justicia, y por consiguiente evitando las sentencias contradictorias. Aun cuando existen tratamientos dogmáticos metodológicamente diversos entre los ordenamientos examinados, ello resulta más aparente que real, toda vez que los mismos motivos expresados suponen la justificación subyacente de la institución en ambas tradiciones jurídicas. Efectivamente, en cualquier ordenamiento jurídico, independiente de su tradición histórica, la confianza legítima que los ciudadanos depositan en los órganos judiciales supone un elemento indispensable del actuar legítimo del estado, por lo que

dotar de coherencia y consistencia al sistema de justicia tiende a mejorar dichas expectativas y a robustecer la idea de igualdad entre los justiciables, sean o no usuarios actuales del sistema.

QUINTA: La cosa juzgada cumple una función constitucional, fundada en el derecho al proceso debido, la tutela judicial efectiva y las garantías judiciales aplicables en materia civil, relacionadas con el derecho a ejecutar sentencias judiciales cuyo contenido no pueda ser modificado o cuestionado, adquiriendo seguridad normativa para las partes, independientes de su resultado particular. En tal sentido una sentencia que puede ser revisitada ilimitadamente no puede ser siquiera considerada un acto estatal de carácter jurisdiccional, siendo esta una manifestación potestativa de aquella.

SEXTA: La cosa juzgada es una institución cuya naturaleza es eminentemente procesal, que ha tenido una evolución teórica relevante dentro del derecho continental europeo, pero que hoy la entiende de forma uniforme como un efecto (o cualidad de) de las resoluciones judiciales que clausuran el debate y prohíben su reiteración en un proceso diverso. No tiene hoy una relación con la verdad, ni como ficción ni como presunción, sino un rol como regla de política pública de protección de intereses privados y, especialmente, públicos en el proceso civil.

SEPTIMA: La *res judicata* puede ser estudiada, asimismo, desde la epistemología del proceso como una regla o valor de política pública contra-epistémica, que prefiere la estabilidad y seguridad normativa por sobre la averiguación de la verdad como fin del proceso, en tanto exista colisión entre dichos objetivos. Lo anterior, se expresa mediante la imposibilidad de rediscusión y conocimiento de los hechos por el mismo tribunal u otro diverso, cuando han operado la cosa juzgada, ni aun a pretexto de una mejor evidencia disponible. Se concluye que los fundamentos de la cosa juzgada, así como los efectos de que opere en un segundo proceso como una regla de inadmisión o paralización del conocimiento del tribunal en un segundo momento son una consecuencia indirecta del sustento político de la institución.

OCTAVA: En el derecho continental, tanto europeo como latinoamericano, existe una distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. A nuestro juicio, dicha diferencia categorial no es real, y responde a criterios históricos. Sin desconocer su reconocimiento legal y jurisprudencial, así como su potencial utilidad metodológica es posible, del estudio acabado de la institución, concluir que no se trata realmente de cosa juzgada en atención a que: a) no comparte necesariamente los mismos fundamentos que

universalmente si utilizan como justificación de la cosa juzgada; b) no es posible diferenciarla conceptualmente de la firmeza de las resoluciones que trae como consecuencia su imposibilidad de modificación dentro del mismo procedimiento en el que se han dictado, y c): los casos señalados como procedimientos que dan origen a la cosa juzgada formal, en realidad, se tratan de procedimientos jurisdiccionales que suponen una excepción expresa al efecto de cosa juzgada material, cuyo fundamento estriba en la naturaleza cautelar o sumaria de la tutela entregada. De la misma manera, la (in)existencia de esta distinción conceptual puede ser usada como un baremo de la organización vertical del sistema de revisión jerárquico de las decisiones judiciales, asociando la cosa juzgada formal a la preclusión de los recursos, que son de ordinario habituales. Precisamente, esta falta de habitualidad en la revisión vertical es lo que hace desconocida a la categoría antes mencionada en la tradición del *common law*.

NOVENA: La cosa juzgada material es la forma en la que, en el derecho continental, particularmente en España y Latinoamérica, se denomina al efecto de las sentencias que las vuelve inalterables. Este efecto se asocia a la inmutabilidad en el juicio actual como en cualquier proceso posterior, en tanto manifestación de voluntad del Estado contenida en la decisión jurisdiccional que alcanza el estado de firmeza. La cosa juzgada material coincide con lo que históricamente y en la mayoría de las jurisdicciones estudiadas se asocia a la institución de la *res judicata*. Se trata de una regla que impide la dictación de una segunda sentencia sobre el mismo asunto, mediante el otorgamiento de herramientas procesales a las partes y al tribunal que permiten terminar un procedimiento que reúne una identidad suficiente con otro que ha terminado por sentencia firme.

DÉCIMA: Dentro de la cosa juzgada material se han identificado tradicionalmente dos efectos, señalados como efecto negativo o excluyente y efecto positivo o prejudicial. El efecto negativo se asocia entiendo en Latinoamérica, particularmente en Chile, como la consecuencia principal de la cosa juzgada, y es el que mayor reconocimiento encuentra en códigos y leyes procesales, así como en la jurisprudencia y la doctrina. El efecto negativo impide la rediscusión de lo zanjado por una sentencia judicial cuando hay una identidad total tanto objetiva como subjetiva entre ambos procesos, permitiendo que la decisión original no sea modificada y permanezca inmutable.

DÉCIMA PRIMERA: Los límites de la cosa juzgada material se han asociado históricamente a la triple identidad establecida en los Códigos Napoleónicos del Siglo

XIX, en la que debe existir una identidad entre objeto pedido (*petitum*), causa de pedir (*causa petendi*) e identidad legal de personas para que se puede estimar como verificada la concurrencia de la *res judicata*. En tal sentido, la doctrina contemporánea, y algunas legislaciones, como la española, han iniciado un tránsito desde dicha idea tradicional hacia una concepción moderna que construye la identidad de dos procesos de cara a dos grandes elementos, uno objetivo y otro subjetivo. En ese movimiento, los límites objetivos asociados a *petitum* y la *causa petendi* han sido teorizados de una forma más adecuada a la luz del desarrollo conceptual del objeto del proceso, que comprende aquello solicitado y los fundamentos fácticos y jurídicos en que se funda, permitiendo un desplazamiento desde la triple identidad hacia un examen objetivo más amplio. Desde esa perspectiva la noción de causa de pedir supone un nudo crítico que alcanza instituciones como la congruencia procesal, el principio dispositivo y las facultades oficiosas o inquisitivas de los tribunales, de cara al examen y modificación de los fundamentos normativos de la solicitud de tutela hecha valer, especialmente de cara al principio *iura novit curia*.

Asimismo, en algunas legislaciones, como ocurre con el artículo 400.1 de la LEC española y el 503 del NCPC de Brasil, ha existido una ampliación del contenido objetivo cubierto por la cosa juzgada, que alcanza no solo lo que pedido y sus fundamentos, sino aquello que pudo haber sido pedido, es decir lo deducido y lo deducible, que ha permitido configurar el concepto de “objeto virtual” del proceso, y, consecuentemente, el de “cosa juzgada virtual”.

Con todo, esta noción expansiva de la cosa juzgada en cuanto a sus límites objetivos sigue siendo una tendencia de aun relativo reconocimiento legislativo en el derecho continental, tanto en países como Francia e Italia, así como el resto de los Códigos Procesales de Latinoamérica.

En cuanto a los límites subjetivos, se ha verificado un debate doctrinario respecto de los alcances del efecto *inter partes*, y como una sentencia puede alcanzar a sujetos que no han intervenido en el proceso en el que se ha dictado sentencia. En tal sentido, la doctrina alemana, italiana y española han debatido sobre dichos efectos, estableciendo la diferencia entre los efectos de la sentencia como acto estatal respecto de las partes y como hecho jurídico respecto de terceros. Asimismo, se ha señalado que la sentencia produce una serie de efectos procesales, dentro de los cuales la cosa juzgada es el más importante, pero no el único. De lo anterior se colige que es posible que terceros se vean afectados

por algunos de esos efectos procesales, pero que, en realidad, no se trata de la cosa juzgada, sino de una eficacia procesal diversa, generalmente de menor intensidad y que afecta relaciones jurídicas dependientes o subordinadas de los terceros con alguna de las partes intervinientes.

De la misma manera, existen casos en que la cosa juzgada tiene efectos absolutos o *erga omnes*, siendo casos excepcionales especialmente previstos en la ley respecto a materias como derechos reales o estado civil.

DÉCIMA SEGUNDO: El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, por su parte, supone la existencia de un vínculo entre procesos, y eventualmente sobre sentencias, en que, sin existir una identidad total entre el componente subjetivo y objetivo del proceso, los objetos son conexos y tienen una relación que los vincula prejudicialmente como antecedente lógico jurídico el uno del otro. De esa manera, en el segundo proceso no se podrá discutir ni fallar nuevamente lo que ya se ha decidido en una primera sentencia, debiendo estarse a su contenido como vinculante. Este efecto se encuentra reconocido y asentado doctrinariamente, pero mantiene un reconocimiento parcial solo en algunas legislaciones, como el artículo 222.4 de la LEC, permaneciendo aun fuera del marco normativo de la mayoría de los países continentales. De cualquier manera, se ha verificado un avance en este sentido y el efecto positivo ha sido incorporado lentamente por la jurisprudencia chilena, así como haber sido explícitamente reconocido en el Proyecto de Nuevo Código Procesal de Chile en actual tramitación (art. 417).

DÉCIMA TERCERA: La cosa juzgada encuentra en el derecho continental, en especial en las muestras chilena y española, un reconocimiento amplio que se traduce en un gran número de herramientas para hacerla efectiva durante el proceso. Dentro de estos vehículos procesales se encuentran las excepciones materiales o perentorias, las excepciones de forma o dilatorias, varias formas de impugnación como los recursos e incluso causales de revisión de sentencias firmes. Con todo, una de las sensibles diferencias entre la regulación chilena y su contraparte española radica en la imposibilidad que pesa sobre los tribunales chilenos de declararla de oficio, especialmente in *limine litis*, toda vez que se considera renunciable por las partes a quienes beneficia. Lo anterior, creemos es un error de técnica legislativa que deja a la institución más relevante del proceso civil sujeta a la disposición de las partes. Para ello se requiere una modificación de las facultades oficiosas de los tribunales, tal como ocurre en el caso español. Asimismo, creemos que la introducción de mecanismos de asistencia

de herramientas de inteligencia artificial puede ser de gran ayuda, realizando una comparación prácticamente instantánea entre procesos, lo que permite establecer la falta de identidad del proceso contingente con uno anterior como un verdadero presupuesto procesal al momento del inicio del proceso.

DÉCIMA CUARTA: En el derecho *common law*, en especial en Inglaterra y Gales, el sistema de fuentes del Derecho y la organización judicial juegan un rol importante en la configuración de su sistema de justicia, y, por lo tanto, en las reglas de clausura como la cosa juzgada. De esta manera, la relevancia del precedente vinculante, particularmente el vertical, supone una característica distintiva que se proyecta en el proceso civil y en la estructura orgánica de las Cortes.

De la misma manera, la justicia civil tributaria de un sistema de *stare decisis* posee tribunales de instancia particularmente fuertes y un sistema de apelación restringido y excepcional, lo que permite que el enfoque de la UKSC sea el de una Corte de unificación de criterio jurisprudencial reforzado a través de la regla del precedente.

DÉCIMA QUINTA: El derecho procesal de Inglaterra y Gales, y en general de otras jurisdicciones del derecho anglosajón, reconoce el efecto de la *res judicata*, en términos similares al resto de los sistemas jurídicos. Sin embargo, no se trata de una regla codificada, sino de una construcción jurisprudencial que ha tenido una evolución constante desde el Siglo XVI, cuya *rationale* radica en dos tipos de intereses, privados - como los de la parte que no debe ser molestada dos veces- y públicos, como una regla de protección del sistema de justicia que vuelve inalterables las resoluciones y que impide la duplicación de la litigación, otorgando certidumbre y reforzando el Estado de Derecho. Es esta combinación de factores privados/públicos lo que permite que la cosa juzgada refleje de forma particularmente prístina la naturaleza del proceso civil en su conjunto, es decir, como un sistema público estatal que resolviendo disputas privadas otorga un servicio general de tutela de derechos y desarrollo de la doctrina jurídica de cara a todos los usuarios actuales y potenciales del sistema.

Bajo este manto general hoy en día comprende una variedad de doctrinas que suelen describirse como integrantes de un concepto macro de cosa juzgada; dentro de este umbral se encuentran la *cause of action estoppel*, el *issue estoppel*, la doctrina *merger* y la inclusión con ciertos matices de la doctrina del *abuse of process*.

DÉCIMA SEXTA: Como primera hebra de la *res judicata* existe la denominada *cause of action estoppel*, consistente en el efecto negativo que impide una nueva discusión y el pronunciamiento de una nueva sentencia cuando existe identidad absoluta entre la *cause of action* y las partes o sus *privies*. Esta doctrina supone una defensa del demandado que ha prevalecido en el primer proceso, habiéndose desestimado la demanda del actor por la primera sentencia. Pretende evitar volver a perturbar al demandado vencedor, y reforzar la inamovilidad de las sentencias de los tribunales, evitando el gasto reiterado de recursos públicos y relativización del sistema en general. Bajo el manto de la *cause of action estoppel* cae no solo aquello que se ha deducido efectivamente, sino todas las pretensiones que tenían su fundamento en la misma causa. Esta doctrina se aplica de forma particularmente rígida y, una vez que han operado sus requisitos, no es posible evitar sus efectos -ni aun ante el descubrimiento de nueva evidencia-, salvo que haya existido fraude o colusión en el primer proceso.

DÉCIMA SÉPTIMA: Dentro de la idea de estoppel exista una segunda doctrina denominada *issue estoppel*, por la cual el contenido de la primera sentencia no puede volver a ser litigado nuevamente, si es que entre ambos juicios existe una identidad subjetiva y una conexión objetiva, de manera que alguna de las cuestiones de hecho o derecho -*issues*- contenidos en la sentencia del primer proceso sea indispensable para la configuración del objeto del segundo. A diferencia de la *cause of action estoppel*, tiene una aplicación más laxa que reconoce excepciones como son las que la jurisprudencia ha denominado “circunstancias especiales”, tales como un cambio significativo en las circunstancias entre un juicio y otro. Esta idea anglosajona es reconocida en diversas jurisdicciones, y resulta una figura particularmente similar al efecto positivo o prejudicial del derecho continental. Asimismo, no tiene aplicación en procedimientos sumarios o en rebeldía en que existe un acogimiento de la demanda en los términos planteados por el demandante, *default judgments*, pues la sentencia no es realmente un acto de decisión sobre asuntos o *issues* que hayan sido debatidos, por lo que no podrán ser utilizados en futuros procesos entre las mismas partes. Es decir, la sentencia simplemente acoge la pretensión, pero no se pronuncia sobre sus fundamentos jurídico-fácticos.

DÉCIMA OCTAVA: La doctrina *merger*, también conocida como *former recovery* es la contracara de la *cause of action estoppel*, surtiendo los mismos efectos, pero construida teóricamente desde la idea de un demandante victorioso que ha visto estimada su demanda en la primera sentencia, y que por lo tanto ha perdido su “derecho

a solicitar accionar” pues la causa de su acción, como derecho incierto a la obtención de un remedio o reparación supeditado a la inherente incertidumbre del resultado del juicio, ha desaparecido al fundirse o fusionarse en la sentencia, pero solidificándose como derecho indubitado en todo cuanto haya sido reconocido en la sentencia estimatoria. Por lo tanto, no pudiendo volver a iniciar un procedimiento por no tener causa para ello. Al igual que la *cause of action estoppel* prácticamente no tiene excepciones y debe ser siempre alegada por quien es su beneficiario, no pudiendo ser declarada de oficio por el tribunal.

DÉCIMA NOVENO: El concepto de identidad subjetiva en la *res judicata* en Inglaterra y Gales resulta mucho más amplio que el del derecho continental. La idea de *privity* alcanza no solo a las partes mismas, sino también a sus sucesores o representantes, y a quienes tengan algún tipo de conexión, incluso a quienes pudiendo haber comparecido decidieron no hacerlo. Esta noción, difícil de interpretar para el ideal de la codificación continental, es una construcción jurisprudencial que permite dar dinamismo a la identidad objetiva para fines de la cosa juzgada y que marca el tono de la evolución de la mano de la doctrina de los tribunales.

Así, la idea de *mutuality*, equivalente al efecto *inter partes*, ha visto relativizada su concurrencia, e incluso se ha dejado de lado en otras jurisdicciones anglosajonas como Estados Unidos y Canadá. El fundamento de esta flexibilización suele ser las consecuencias de desgaste innecesario del aparato judicial en procesos reiterativos emanados de los mismos hechos o de las mismas causas, aunque las partes sean diversas. En cualquier caso, se trata de doctrinas jurisprudenciales que establecen “test” de aplicabilidad a cada caso y que buscan impedir que alguna de las partes quede en la indefensión.

VIGÉSIMA: Existe además una última doctrina denominada *abuse of process* o doctrina “Henderson”, consistente en la terminación del procedimiento cuando a juicio de la Corte, el demandante utiliza el sistema de justicia de forma maliciosa, pues inicia un segundo procedimiento en el que hacer valer pretensiones que podía haber hecho presentes en el primer pleito. Se trata de la aproximación más amplia de inhibición de segundos procesos, pues comprende no solo todas las pretensiones emanadas de la misma causa de pedir, sino que todas las que emanen de los mismos hechos e incluso las que sin originarse en ellos -o en la causa de acción- era pertinente por motivos de eficiencia haber sometido al proceso. Se trata de una idea de preclusión extendida, pero discrecional, en

que el tribunal realiza un examen caso a caso para determinar su procedencia, pudiendo declararla de oficio.

Se concluye que, aunque cumple fines análogos no se trata de una manifestación de la cosa juzgada, pues su origen no es la norma que regula la *res judicata*, sino una manifestación de los poderes especiales de los tribunales, *inherent jurisdiction*, para proteger a los litigantes y al sistema en su conjunto de su uso abusivo y artero. De la misma manera, su aplicación es más flexible y suele atender a las circunstancias particulares de cada proceso.

Asimismo, la doctrina Henderson ha permitido la reflexión sobre la expansión de los efectos de las sentencias a terceros que no han sido parte en el primer proceso, pero que buscan beneficiarse de sus efectos, cuando se demanda en un segundo proceso a quien podía haber sido emplazado en el primero debido a su relación con el conflicto o con alguna de las partes.

VIGÉSIMA PRIMERA: Tras el estudio pormenorizado de los dos sistemas procesales que se han comparado, se puede reafirmar que, en ambos, así como en las tradiciones jurídicas en las que están inmersos, existe un reconocimiento expreso de la *res judicata*, la que se posiciona como una de las principales características del ejercicio del poder jurisdiccional estatal. De cualquier modo, pese a esta similitud existen diferencias notables en la forma en la que se operativiza la utilización de la institución, y que representan una posibilidad para los Estados que estén llevando a cabo proceso de reforma para poder examinar la pertinencia de su incorporación, sin que ello suponga, en caso alguno, un ejercicio irreflexivo de importación jurídica.

VIGÉSIMA SEGUNDA: En ese contexto, una notoria diferencia en la configuración de la cosa juzgada en Inglaterra y Gales respecto de su contraparte chilena, española, y continental en general, está dada por el carácter diverso de su aproximación hacia la definitividad y la firmeza de la resolución. Así, en el derecho anglosajón la firmeza, como sinónimo de imposibilidad de modificación asociada a los recursos, no es un requisito de consolidación de la cosa juzgada, la que produce sus efectos desde que la resolución que contiene la decisión del tribunal se ha llevado a cabo y ha sido notificada a las partes. Esta característica distintiva del proceso civil del *common law* se justifica en la estructura de las Cortes, y, especialmente, en la mecánica de los recursos contra las resoluciones, los que son extraordinariamente excepcionales, sujetos a un control previo

y fundados en criterios de utilidad general más que simplemente particular. Por ello, se considera que la decisión del tribunal de instancia es definitiva, surtiendo todos sus efectos, tales como la posibilidad de ejecución y la *res judicata*.

VIGÉSIMA TERCERA: Entre las cuestiones que diferencian ambos sistemas respecto a la cosa juzgada es posible constatar que, en Inglaterra y Gales, y en todo el sistema anglosajón, la *res judicata* tiene una configuración más extensiva y amplia, en la que sus límites subjetivos son extendidos a quienes no necesariamente son los sujetos procesales de la contienda, a través del concepto de *privy*, y el componente objetivo abarca mucho más que simplemente la identidad de objeto y causa, construyéndose una idea en función de la *cause of action* y todo lo que de ella podía emanar y, por consiguiente haberse hecho valer. Esta noción es en general bastante más restringida en el derecho continental, salvo los notables procesos de reforma de España (2000) y Brasil (2015), donde se ha intentado dar una mirada moderna y más comprehensiva a la cosa juzgada.

VIGÉSIMA CUARTA: El proceso civil hoy en día debe ser comprendido como un servicio público de adjudicación estatal por el cual se otorga tutela judicial a los derechos y reivindicación de intereses jurídicamente relevantes de los ciudadanos. En ese contexto, durante el siglo XX la justicia civil ha sufrido un cambio de paradigma desde la idea de proceso civil como correlato adjetivo de los principios del derecho civil y mercantil exponentes del ideario liberal decimonónico, por el cual el principio de disposición procesal opera como un correlato del derecho de propiedad privada de los litigantes sobre los bienes que litigan y en el que la autonomía de la voluntad tiene un rol casi incontrarrestable. En ese diseño, se mira con desconfianza al Estado, y al juez como su representante, por lo que se otorgan mínimas facultades oficiosas¹⁶⁵⁸, y se entrega todo el control e impulso del procedimiento a las partes.

Conforme el siglo pasado fue avanzando este sistema mostró sus deficiencias, así como la incapacidad de dar satisfacción a un incesante crecimiento de la demanda del servicio de justicia, así como la aparición de los derechos fundamentales de orden

¹⁶⁵⁸ Estas facultades *ex officio* que permiten al tribunal controlar algunos aspectos del pleito para evitar vicios y controlar, por ejemplo, la buena fe las partes. Véase el artículo 84 inciso final del CPC Chileno que expresa “El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley”

procesal, consagrados en las constituciones de la segunda mitad del siglo, así como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos tanto en Europa como en América. Ante tal situación, el proceso civil entra en crisis en diversas latitudes y con ello se inician múltiples procesos de reforma, que pretenden adaptar a la justicia civil al siglo XXI y diseñar un sistema que se piense como un deber del estado en tanto servicio público. Dichas reformas pueden ejemplificarse en el CPR inglés de 1998 y la LEC española de 2000, que posteriormente ha servido de inspiración para procesos similares en Latinoamérica, incluido Chile.

La idea común a todos estos procesos es fijar una justicia más eficiente, que considere la necesidad de decisión correcta (o justa) a un costo proporcionado y en un tiempo oportuno, que combine la libertad de los litigantes con el aumento de ciertas facultades del juez que permitan conducir mejor el procedimiento, evitando dilaciones y pérdida de recursos.

VIGÉSIMA QUINTA: En este nuevo contexto de justicia civil resulta imprescindible que las reglas que cierran el sistema de litigación y que protegen la estabilidad del proceso y la seguridad jurídica estén alineadas con dicha idea pública de proceso civil. Por ello, resulta indispensable reconstruir la idea de cosa juzgada como una institución de orden público, declarable de oficio y que tenga una extensión subjetiva y especialmente objetiva mayor a la de la mayoría de las leyes procesales actuales. En ese esfuerzo puede tomarse como referencia lo que ocurre con el tratamiento de la institución en Inglaterra y Gales, especialmente con su amplitud objetiva de la mano del *cause of action estoppel*, *issue estoppel* y *merger*. No se pretende aquí plantear una asimilación irreflexiva, sino tomar el insumo para explorar vías de incorporación de esta ampliación. En tal sentido vale mencionar lo hecho por el artículo 400.1 de la LEC española de 2000, y, particularmente, la experiencia reciente y cercana del NCPC brasileño de 2015 que tuvo como gran influencia en materia de cosa juzgada la regulación anglosajona en su artículo 503.

Asimismo, urge consagrar el efecto positivo o prejudicial, y ampliar las facultades del juez en torno a la cosa juzgada. Para ello resulta indispensable contar con la incorporación de las herramientas que la tecnología y la IA permiten, automatizando, mediante metadatos, el procesamiento de información que evite que se tramiten procesos cuya similitud o identidad podrían hacer aplicable la cosa juzgada.

VIGÁSIMA SEXTA: Como propuesta de *lege ferenda*, atendido el proceso de reforma al CPC actualmente desarrollándose en Chile, parece necesario traducir estos nuevos principios en normas que doten de una nueva dimensión operativa a la cosa juzgada, incluyendo la mencionada ampliación objetiva y subjetiva. Objetiva en términos de que comprenda no solo lo hecho valer sino todo cuando pudo y debió haberse hecho valer en el primer proceso, tal como se ha hecho en España y Brasil. Lo anterior, no representa un peligro ni para el principio dispositivo ni para el derecho a defensa, toda vez que no se expropia la pretensión a las partes ni la decisión de qué pueden o quieren llevar a juicio, sino que se les instruye que contarán con una sola oportunidad para solicitar tutela judicial de intereses o derechos que emanen de los mismos fundamentos fácticos o jurídicos, como una forma de compatibilizar sus derechos con los de todos los demás usuarios del sistema.

Desde el punto de vista subjetivo urge explorar la posibilidad de que la cosa juzgada alcance a personas que no hayan sido partes en el proceso que da origen a la sentencia, especialmente si se dan otros requisitos de vinculación o conexión entre procesos como ocurre con el efecto positivo de la cosa juzgada, pero debiendo tener presente que dicha exploración debiera hacerse en casos calificados que impidan la indefensión de quienes no han litigado originalmente como consecuencia de un mal resultado de quien si lo ha hecho, evitando la paradoja de la vulneración de la tutela judicial efectiva y sus garantías procesales precisamente cuando la intención ha sido iniciar la mencionada expansión en su resguardo y beneficio.

¿Terminar? Nada nunca termina realmente, Adrian

Dr Manhattan, Watchmen. Chapter 12, Page 27

BIBLIOGRAFÍA

1. ABITIA ARZAPALO, José. De la Cosa Juzgada en Materia Civil. Ed. M. León Sánchez. Ciudad de México. 1959.
2. AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite. Derecho Procesal Civil, La reserva de acciones en el juicio ejecutivo y los requisitos necesarios para la correcta configuración de la excepción de litispendencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 28. 2017. pp. 387-395.
3. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Derecho Procesal Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N°29. 2017. pp. 387-395.
4. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, N°32. 2017. pp. 423-441.
5. ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Tratado de derecho civil, Partes preliminar y general, Tomo I.. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2011.
6. ALLORIO, Enrico. La cosa juzgada frente a terceros. Marcial Pons. Barcelona. 2014.
7. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. Editorial Ediar. Buenos Aires. Año.
8. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. EGACAL. Lima. 2011.
9. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, Pedro. La excepción de litispendencia y su tratamiento jurisprudencial. *Revista Justicia*. N°3-4. 1998. pp. 575-596.
10. AMERICAN LAW INSTITUTE. The Restatement of Judgments (second). 1980.
11. ANDREWS, Neil. The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency: Reflections on the Recommendations of the Woolf Report. En: A. Zuckerman and R. Cranston (eds). *Reform of Civil Procedure: Essays on Access to Justice*. Oxford University Press. Oxford. 1995. pp. 169-195.
12. ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party-control 'going, going, gone'. *Civil Justice Quarterly*. N°19. Vol. 1. 2000. pp. 19-38.
13. ANDREWS, Neil. The new English procedure rules. En: VAN RHEE, Cornelius Hendrik. (ed.). *European traditions in civil procedure*. Intersentia. Oxford. 2005. pp. 161-184.

14. ANDREWS, Neil. La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°39. 2012. pp. 253-289.
15. ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Ius gentium*. Springer. Londres. 2012.
16. ANDREWS, Neil. *Andrews on Civil Processes*. Vol. I. Intersentia. Londres. 2013.
17. APOLÍN MEZA, Dante. La cosa juzgada implícita y el derecho de defensa. *Revista Ius Et Veritas*. N°51. 2015. pp. 274-285.
18. ARMENTA DEU, Teresa. *La ejecución provisional*. Ed. La Ley. Madrid. 2000.
19. ARNOLD, William. The Supreme Court of the United Kingdom: Something Old and Something New. *Commonwealth Law Bulletin*. Vol. 36. 2010. pp. 443-451.
20. ASIMOW, Michael. Delegated Legislation: United States and United Kingdom. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 3. N° 2. 1983. pp. 253-276.
21. ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad. *Derecho privado y Constitución*. Vol 15. 2001. pp. 41-68.
22. ATRIA LEMAITRE, Fernando. La Casación como problema. *Revista de Derecho*. N° 2. Universidad Adolfo Ibáñez. Legis. 2006. pp. 249- 353.
23. ATRIA LEMAITRE, Fernando. *La Forma del Derecho*. Marcial Pons. Barcelona. 2016.
24. ATRIA LEMAITRE, Fernando. El Sistema De Acciones Reales, Parte Especial: Los Interdictos Posesorios. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 30. 2018. pp. 9-54.
25. BALDUSSI, Carolina. El derecho de defensa en juicio vs. Cosa juzgada: tensión entre dos pilares constitucionales. *Revista Invenio*. Vol. 9. N° 16. 2006. pp. 9-24.
26. BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil. La Ley. Ciudad. 2016.
27. BARNETT, Peter. *Res judicata, estoppel, and foreign judgments: the preclusive effects of foreign judgments in private international law*. Oxford University Press. New York. 2001.
28. BARONA VILAR, Silvia. Fomento De Las Adrs En España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social) *Revista Sequência* N° 51. 2005. pp. 169-201.
29. BARONA VILAR, Silvia. Los ADR en la justicia del siglo XII, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección ensayos. Año 18. N°1. 2011. pp. 185-211.

30. BARONA VILAR, Silvia. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.
31. BARONA VILAR, Silvia (edit.): *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor. Colección Estudios sobre arbitraje. Madrid. Civitas Thomson–Reuters. 2016
32. BARONA VILAR, Silvia. *Nociones y Principios de las ADR. (Solución Extrajurisdiccional de Conflictos)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018.
33. BARONA VILAR, Silvia. *Inteligencia artificial o la algorimización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?*. *Revista Boliviana de Derecho*. N°28. 2019. pp. 18-49.
34. BARTENSTEIN, Fred Jr. *The Mutuality Requirement in Res Judicata and Estoppel by Record*. *Washington & Lee Law Review*. Vol. 2, Issue 2. 1941. pp. 233-249.
35. BAYON, Juan. *Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano*. *Revista Mario Alfaro D' Filippo*. Vol. 2. N°4. 2010. pp. 6-30.
36. BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. Editorial Porrúa. 11° edición. Ciudad de México. 1984.
37. BENTHAM, Jeremy. *Principles of Judicial Procedure*. En: *Collected Works of Jeremy Bentham*. Vol II. Ed. Bowring. Edinburgh. 1938.
38. BERZOSA FRANCOS, María Victoria. *Principios inspiradores del futuro proceso civil*. En: Picó i Junoy, Joan (Ed) *Presente y futuro del proceso civil*. Barcelona. Bosch. 1998. pp. 27-40.
39. BIGELOW, Melville. *A Treatise on the Law of Estoppel and its application in practise*. Little, Brown and Co. Boston. 1876.
40. BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. *Introducción. El acceso a la justicia como derecho*. En: BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Biblos. Buenos Aires. 2006. pp. 15-26.
41. BISOGNI, Giovanni. *¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. HART y la regla de adjudicación. Isonomía*. México. N° 42, 2015. pp. 09-45.
42. BLACK, Henry Campbell. *A treatise on the law of judgments: including the doctrine of res judicata*. Vol II. West Publishing Company. Minnesota. 1902.
43. BODART, Bruno. *The Social Value of the Doctrine of Res Judicata: An Economic Analysis*. Tesis de Máster. Harvard University. (May 01, 2018) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3271743> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3271743>. Accedido en 29 de junio de 2020.

44. BONET NAVARRO, Ángel. Los Recursos en el Proceso Civil. La Ley. Madrid. 2000.
45. BONET NAVARRO, Ángel., El acceso a la justicia. En: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Dir.). Justicia: poder y servicio público. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. pp. 95-118.
46. BORDALI SALAMANCA, Andrés. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista Chilena de Derecho. V. 36. N° 2. 2009. pp. 215-244.
47. BORDALI SALAMANCA, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. Revista Chilena de Derecho. V. 38. N° 2. 2011. pp. 311-337.
48. BORDALI SALAMANCA, Andrés. Derecho Jurisdiccional. Ediciones Universidad Austral. Valdivia. 2016.
49. BORE, Jacques. La Cassation en materia Civile. Sirey. Paris. 1988.
50. BOURNE, Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer International. Holanda. 2009.
51. BRAND, Roland y JABLONSKI Scott. Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford University Press. New York. 2009.
52. BRAVO HURTADO, Pablo. Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho. Revista Chilena de Derecho. Vol. 40. N°. 2. 2013. pp. 549-576.
53. CABAÑAS GARCÍA, Juan. La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil. Dijusa. Madrid. 2005.
54. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. JusPodivm. Salvador. 2014.
55. CÁCERES NIETO, Enrique. Epistemología Jurídica Aplicada. En: FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (Coord). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 3. UNAM. Ciudad de México. 2015. pp. 2195-2296.
56. CADIET, Loïc, Introduction to french civil justice system and civil procedural law. Ritsumeikan Law Review. Vol. 28. 2011. pp. 331-393.
57. CADIET, Loïc y JEULAND, Emmanuel. Droit judiciaire privé. 10° Ed. Lexis Nexis. Paris. 2017.
58. CALAMANDREI, Piero. Apunti sulla sentenza come fatto giuridico. Rivista di Diritto Processuale Civile. V. 9. N°1. 1932. pp. 15-23.

59. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código. Volumen I, Traducida por Santiago Sentis Melendo y prologada por Hugo Alsina. 2ª edición italiana. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1962.
60. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil, vol. 1, Ejea. Buenos Aires. 1981.
61. CALAZA LOPEZ, Sonia. La Cosa Juzgada. La Ley. Madrid. 2009.
62. CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Vol. 1. 2011. pp. 390-391.
63. CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends. Stanford Law Review. Vol. 25. N° 5. 1973. pp. 651-715.
64. CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideología, sociedad. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1974.
65. CAPPELLETTI, Mauro. Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study. Michigan Law Review. Vol. 73. N° 5. 1975. pp. 793-884.
66. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. Buffalo Law Review. Vol. 27. N° 2. 1978. pp. 181-292.
67. CAPPELLETTI, Mauro. Who Watches the Watchmen - A Comparative Study on Judicial Responsibility. American Journal of Comparative Law. Vol. 31. N° 1. 1983. pp. 1-62.
68. CAPPELLETTI, Mauro: The Judicial Process in Comparative Perspective. Clarendon Press. Oxford. 1989.
69. CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Ara Editores. Lima. 2006.
70. CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl. Debido Proceso y Garantías Jurisdiccionales. EN: CONTRRAS, Pablo y SALGADO, Constanza (editores). Curso de Derechos Fundamentales. Tirant lo Blanch. Santiago. 2020.
71. CARBONELL BELLOLIO, Flavia. Error y Proceso. Universidad de Chile. Santiago. 2020. pp. 1-27.

72. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho Procesal Civil. V 1. Editorial UTEHA. Buenos Aires. 1944.
73. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Volumen 1. Editorial. Buenos Aires. 1958.
74. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.
75. CARPI, Federico, COLESANTI, Vittorio y TARUFFO, Michele. Commentario Breve al Codice Di Procedura Civile. 2º edición. Ed. Padova. Ciudad. 1988.
76. CARRASCO DELGADO, Nicolás. El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargas informativas: una mirada desde el análisis económico del derecho. Revista Chilena de Derecho. V. 44.Nº 1. 2017. pp. 185-207.
77. CARRERAS LLANASA, Jorge. Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho positivo español. Revista de Derecho Procesal. Nº 3. 1958. pp. 513-567.
78. CARRERAS LLANASA, Jorge y FENECH NAVARRO, Miguel. Estudios de Derecho Procesal. Bosch. Barcelona. 1962.
79. CARRETTA MUNOZ, Francesco. La desformalización del proceso judicial de familia e infancia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 42. 2014. pp. 481-495.
80. CARROLL, Robert. Quasi-Judicial Immunity: The Arbitrator's Shield or Sword. Journal of Dispute Resolution. Vol. 1. 1991. pp. 137-138.
81. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Editora). Tratado sobre la disposición del proceso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2017.
82. CHAMBERLAIN, Daniel. Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions. Harvard Law Review. Vol. 3. Nº. 3. 1889-1890. pp. 125-131.
83. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. 3ª edición italiana traducida, prologada y anotada por José Casáis y Santaló. Reus. Madrid. 1925.
84. CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. Saggi di Diritto Processuale Civile. Vol II. Roma. 1931.
85. CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di Diritto processuale civile, vol. I. Editorial. Nápoles. 1933.

86. CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo y Germanismo en el proceso civil. Traducido por Roberto Mantilla Molina. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. N° 16-17. 1943.
87. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado., Santiago, Imprenta Cervantes. Santiago. 1921
88. CLARK, Charles. The Handmaid of Justice. Washington University Law Quarterly. Vol. 23. N° 3. 1938. pp. 297-320.
89. CLERMONT, Kevin. Principles of civil Procedure. West Academic Publishing. Saint Paul. 2015.
90. CLERMONT, Kevin. Res Judicata as Requisite for Justice. Rutgers University Law Review. Vol. 68. N° 3. 2016. pp. 1067-1142.
91. CLERMONT, Kevin. Res judicata as requisite for justice, Rutgers University Law Review. Vol. 68. 2016. pp. 1067-1139. [en línea]
92. COFRE LAGOS, Juan. La filosofía jurídica de Millas Naturaleza y fines del derecho. . Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Vol. 19. N° 1. 2012. pp. 21-37.
93. COLOMBO CAMPBELL, Juan. La Jurisdicción en el Derecho chileno. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Vol.8. N° 8. 1968.
94. COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los actos procesales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997.
95. CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. Efectos preclusivos de la cosa juzgada material. Boletín de la Facultad de Derecho. N° 23. 2003. pp. 245-274.
96. COOKE, Elizabeth. The Modern Law of Estoppel. Oxford University Press. Oxford. 2000.
97. CORRAL TALCIANI, Hernán. Obligaciones solidarias y cosa juzgada en el juicio ejecutivo. En: BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia et al (Editores). Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Thomson and Reuters. Santiago. 2018. pp. 351-369.
98. CORTES DOMINGUEZ, Valentín. La cosa juzgada penal. Publicaciones Real Colegio de España. Bolonia. 1975.
99. CORTES DOMINGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor. Derecho Procesal Civil. Parte General. 4° Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

100. CORTES-MONROY FERNANDEZ, Jorge. La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral. *Ius et Praxis*. Vol. 24. N°1. 2018. pp. 661-692.
101. CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VELEZ, Diego. *Proceso Civil: Normas Comunes a todo Procedimiento e Incidentes*. Santiago. Thomson and Reuters. Santiago. 2014
102. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera Ed. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1981.
103. COUTURE, Eduardo. *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*. Buenos Aires. De Palma. 1999.
104. CROSS, Rupert y HARRIS, Jim. *Precedent in English Law*. 4ª edición. Clarendon Press. Oxford. 1991.
105. CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional. *Estudios de Deusto*, [S.l.]. Vol. 66. N° 2. 2018. pp. 347-372.
106. DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y del poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2001.
107. DAMIAN MORENO, Juan. *El juez ante la Ley*. Ed. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 2011.
108. DE BRACKTON, Henry. *Legibus et Consuetudinibus Angliae*. 1260.
109. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos. *Responsabilidad Civil. Casos prácticos*. Legal Publishing. Santiago. 2008.
110. DE PADURA BALLESTEROS, María. *Fundamentos de la Sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.
111. DEL RÍO FERRETI, Carlos. Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°34. 2010. pp. 349-383.
112. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal con examen de jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Ed. Centro Estudios Ramón Areces. Madrid 1991.
113. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNANDEZ LOPEZ, Miguel. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. 4º edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995.

114. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Criterios inspiradores e innovaciones principales. *Revista Tribunales de justicia*. N° 2. 2000. pp. 127-141.
115. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto Del Proceso y Cosa Juzgada En El Proceso Civil*. Editorial Civitas. Madrid. 2005.
116. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*. Editorial jurídica de Chile. Colección Estudios. Santiago. 2007.
117. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. *Ius et Praxis*. Vol. 18. N° 2. 2012. pp. 243-294.
118. DE PRADA RODRIGUEZ, Mercedes y MUÑOZ ROJO, Roberto. *El proceso civil inglés*. Editorial Comares. Madrid. 2014.
119. DELGADO CASTRO, Jordi. La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 33. 2009. pp. 345-367.
120. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición. Temis. Bogotá. 2009.
121. DI MAMBRO, Louise. The Supreme Court of the United Kingdom: Jurisdiction and Procedure. *Commonwealth Law Bulletin*. Vol. 36. 2010. pp. 453-460.
122. DÍAZ CABIALE, José. *La eficacia material y procesal de la sentencia más allá de la cosa juzgada*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018.
123. DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras. *Tribunales de Justicia*. N° 2. 1998. pp. 129-143.
124. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Seguridad Jurídica. En: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Civitas. Pamplona. 2014.
125. DOOLEY, Laura. The Cult of Finality. *Valparaiso Law Review*. Vol. 31. N°1. 1996. pp. 43-65.
126. DUXBURY Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press. Cambridge. 2008.
127. EBERLE, Edward. The Methodology of Comparative Law. *Roger Williams University Law Review*. Vol. 16. N° 1. Article 2. 2011. pp. 51-72.

128. EISENBERG, Theodore y MILLER, Geoffrey. The English vs. The American Rule on Attorneys Fees: An Empirical Study of Attorney Fee Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts. NYU Law and Economics Research Paper No. 10-52. 2010.
129. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El Principio del Proceso Debido. Bosch. Barcelona. 1995.
130. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El presupuesto procesal del procedimiento adecuado. Comares. Madrid. 1996.
131. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un estado de derecho y como presupuesto para la globalización. En: GOMEZ COLOMER, Juan Luis *et al* (Coord). El Derecho Procesal Español en el Siglo XX a golpe de Tango. Homenaje a Juan Montero Aroca. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. pp. 320-343.
132. ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Artículo 6 Derecho a un proceso equitativo. En: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Ed.) Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3º Edición Civitas. Madrid. 2015. pp. 203-297.
133. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. La Responsabilidad Penal del Árbitro y las instituciones arbitrales. Valencia. Tirant lo Blanch. 2020.
134. EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. El Recurso De Reposición, Tratamiento En El Derecho Procesal Vigente y En El Proyecto De Reforma Procesal Civil. Editorial Libromar Ltda. Santiago. 2014.
135. EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016. Revista Ius Et Praxis. Vol. 24. N°2. . 2018. pp. 673-684.
136. EZURMENDIA ALVAREZ, Jesús. Res judicata, a gap between civil litigation and arbitration? Nottingham Law Review. N°29. 2020. En prensa.
137. FABRINI, Giovanni. Contributo allá dottrina dell'intervento adesivo. A. Giuffrè. Milano. 1964.
138. FENNELL, Mónica. Emergent Identity: A Comparative Analysis of the New Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States. Temple International & Comparative Law Journal. Vol. 22. N° 2. 2008. pp. 279-306.

139. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel, VALLS GOMBAU, José y RIFÁ SOLER, José. Derecho Procesal Práctico. Tomo IV. Formularios y Jurisprudencia sobre el Proceso Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1998.
140. FERRER BELTRAN, Jordi. Prueba y Verdad en el Derecho. Marcial Pons. Barcelona. 2005.
141. FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2007.
142. FIGUEROA YÁVAR, Juan y MORGADO, Erika. Recursos Procesales Civiles Y Cosa Juzgada. Thomson Reuters. Santiago. 2014.
143. GANDULFO RAMIREZ, Eduardo. Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas: ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico. Ius et Praxis. Vol. 15. N° 1. 2009. pp. 121-199.
144. GARCIA RODULFO, Lisardo. La acción de jactancia: estado de la cuestión y propuesta de recuperación normativa de una acción procesal civil. Revista de Estudios Jurídicos. N° 19. 2019. pp. 107-134.
145. GARCIA PINO, José; LETURIA INFANTE, Francisco. Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. Revista chilena de derecho. Vol. 33. N° 2. 2006. pp. 345-384.
146. GARCIA ODGERS, Ramón. El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa. Revista Estudios Histórico-Jurídicos de Valparaíso. N°. 41. 2019. pp. 179-205.
147. GARCIA ODGERS, Ramón. El Case Management en perspectiva comparada Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.
148. GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. El Derecho A La Tutela Judicial Y Al Debido Proceso En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Chileno. Estudios constitucionales. Vol. 11. N°2. 2013. pp. 229-282.
149. GARROTE CAMPILLAY, Emilio. Cosa juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del tribunal constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Estudios constitucionales. Vol. 10. N°. 2. 2012. pp. 391-428.
150. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. La Acumulación de Acciones y Procesos en el Proceso Civil. La Ley. Madrid. 2000.

151. GASCÓN ABELLAN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Vol. 28. 2005. pp. 127-139.
152. GELSI BIDART, Adolfo. Bases positivas para la noción de cosa juzgada. En: Estudios jurídicos en memoria de Eduardo Couture. Facultad de Derecho Universidad de Montevideo. Montevideo. 1957. pp. 341-361.
153. GENN, Hazel. Judging Civil Justice. Cambridge University Press. Cambridge. 2008.
154. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte General. Tomo I. Editorial Colex. Madrid. 2004.
155. GIMENO SENDRA, Vicente. Diccionario de Derecho Procesal. Ed. Iustel. Madrid. 2007.
156. GLENN, Patrick. Legal Traditions of the World. Oxford University Press. Oxford. 2000.
157. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. 2ª edición alemana traducida por Leonardo Prieto Castro y con adiciones sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Ed. Labor S.A. Barcelona. 1936.
158. GOLDSCHMIDT, James, *et al.* Derecho, Derecho Penal y Proceso. T. 3: El Proceso Como Situación Jurídica. Una Crítica Al Pensamiento Procesal. Marcial Pons. Barcelona. 2015.
159. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Independencia judicial y diseño político del Estado En: GOMEZ COLOMER, Juan Luis et al. (Coord) El Derecho Procesal Español en el Siglo XX a golpe de Tango. Homenaje a Juan Montero Aroca. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. pp. 343-367.
160. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal español a comienzos del siglo XXI: Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción. Revista InDret. N°1. 2017. pp. 1-58
161. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La Contracción del Derecho Procesal Penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 2020.
162. GONZALEZ MONTES, José. Diferencia entre cosa juzgada y otros efectos de la sentencia. Cuadernos de Derecho Judicial. GGPJ. N°25. 1995. pp. 111-128.
163. GOODHART, Arthur. Precedent in english and continental law. Law Quarterly Review. Vol. 50. N°1. 1934. pp. 40-65.

164. GRANDE SEARA, Pablo. La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.
165. GREENBERG, Joseph. Some universals of grammar with particular reference to the order of meaningful elements. On language. En: DENNING, Keith. y KEMMER, Suzanne (Ed.). Selected writings of Joseph H. Greenberg. Stanford University Press. Stanford. 1963. pp. 40-70.
166. GROHÉ, Susanne. Durchbrechung der Rechtskraft und Relief from Judgment: Die außerordentliche Aufhebung und Abänderung rechtskräftiger Urteile im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht. Grin Verlag. 2011.
167. GOTTHEIL, Julio. Common Law y Civil Law. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960.
168. GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Las teorías de la cosa juzgada. Madrid. 1932.
169. GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Parte General. 6º edición. Artes Gráficas y ediciones. Madrid. 1962.
170. GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Ficciones y conceptos formales en el derecho. Moneda y Crédito. N° 128. 1974. pp. 17-32.
171. GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. La heurística jurídica. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. N° 10. 2006. pp. 175-206.
172. GUASP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil: Tomo I. 4º edición. Editorial Civitas. Madrid. 1998.
173. GURVICH, M. Director. Derecho Procesal Civil Soviético. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1971.
174. GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro. Algunas Reflexiones sobre el concepto de sumariedad. Revista de Derecho Procesal. N° 1-3. 2003. pp. 289-342.
175. GUTIÉRREZ ALVIZ CONRADI, Faustino. Justicia: poder y servicio público. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007.
176. GUZMÁN FLUJA, Vicente y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. Acumulación de procesos. Casos especiales de acumulación necesaria: Arts. 74 - 98 LEC. Revista InDret. Vol. 1. 2009. pp. 1-32.
177. HAGGI, Hermínio. A influência do common law sobre os limites da coisa julgada no processo civil brasileiro. Revista de Processo Comparado. Vol. 8. 2018. p. 90.
178. HANDLEY, K.R. A closer look at Henderson v. Henderson. Law Quarterly Review. N°3. 2002. pp. 397-407.

179. HANDLEY, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*. Lexis Nexis. Londres. 2009.
180. HANYCZ, Colleen. More access to less justice: efficiency, proportionality and costs in Canadian civil justice reform. *Civil Justice Quarterly*. Vol. 27. N°1. 2008. pp. 98-122.
181. HAY, Bruce. Some Settlement Effects of Preclusion. *University of Illinois Law Review*. N°1. 1993. pp. 21-53.
182. HART, Herbert L. A.: *The Concept of Law*. Clarendon Press. Oxford. 1961. Traducción castellana de Genario R. Carrió: *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.
183. HELLWIG, Konrad. *System Des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig. 1912.
184. HEMSWORTH, Margaret. Res judicata: the Henderson v Henderson principle and abuse of process: sketching the landscape. *Civil Justice Quarterly*. Vol. 34. N°1. 2015. pp. 52-76.
185. HENRY J. Friendly. In Praise of Erie--And of the New Federal Common Law. *New York University Law Review*. Vol. 39. N° 3. 1964. pp. 383-422.
186. HÉRON, Jacques y LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. Broché. Paris. 2012.
187. HERZOG, Peter y WESER, Martha. *Civil procedure in France*. Springer. Netherlands. 1967.
188. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y PALOMO VELEZ, Diego. La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: La nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias. *Ius et Praxis*. Vol. 12. N° 2. 2006. pp. 123-162.
189. HITTERS, Juan. *Revisión de la cosa juzgada*. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1977.
190. HOFFMANN, Thomas. Heuristics in Legal Decision-Making. *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum*. Vol. 8. N° 1. 2020. pp. 62-71.
191. HUERTA MOLINA, José y RODRIGUEZ DIEZ, Javier. Suspensión interdictal de obras nuevas: Desde la "*operis novi nuntiatio*" hasta el Proyecto de Código Procesal Civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 38. 2012. pp. 343-392.

192. HUNTER AMPUERO, Iván. El poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento. *Ius et Praxis*. Vol. 15. N° 2. 2009. pp. 117-163.
193. HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. 23. N° 2. 2010. pp. 197-221.
194. HUNTER AMPUERO, Iván. El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 35. 2010.vpp.149-188
195. HUNTER AMPUERO, Iván. Iura novit curia” y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 40. 2013. pp. 601-640.
196. IBÁÑEZ SALGADO, Nolfá. La Construcción del Mundo en el Lenguaje. *Revista de Psicología*. Vol. 12. N°2. 2003. pp.71-84.
197. IHERING, Rudolph von. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Ed. Jena : G. Fischer. 1893-1896.
198. JACOB, Jack I. H. The inherent jurisdiction of the Court. *Current Legal Problems*. Vol. 23. N° 1. 1970. pp. 23–52
199. JACOB, Jack I. H. *The Fabric on English Civil Justice*. Stevens and Sons. Londres. 1987.
200. JARA PEREZ, Mónica. El artículo 925 del Código Civil: La verdadera querrela de amparo. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. Vol. 29. N°2. 2016. pp. 109-130. [citado 2019-07-26]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200005>.
201. JEULAND, Emmanuel. *The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters: Recognition, Res Judicata and Abuse of Process*. En: *British Institute of International and Comparative Law*, 2006.
202. JOWELL, Jeffrey y O'CONNOR, Colm. *The Changing Constitution*. Oxford University Press. Oxford. 2019.
203. KARSTEN, Peter. Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, a History to 1940. *DePaul Law Review*. Vol. 47. 1998. pp. 231-260.

204. KELLER, Friedrich Ludwing. Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht. Gessner. Zurich. 1927.
205. KENNETT, Wendy. Removal of exequatur in England and Wales. Cardiff University Papers. Cardiff. pp. 1-19.
206. KLEIN, Franz. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich, Franz Deuticke, Leipzig/Vienna. 1891
207. KLEIN, Franz. Zivilprozess Oesterreichs. Mannheim. Berlín. 1927.
208. KOHLER, Josef. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie., XI. 1917.
209. KOULADIS, Nicholas. Principles of Law Relating to International Trade. Springer. London. 2006.
210. KREMER, Carsten. Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°. 35. 2010. pp. 189-226.
211. LAMER, Francis. The Rule of Law and the Perils of Judicial Discretion. Supreme Court Law Review. Vol. 56. 2012. pp. 137-160.
212. LANDONI SOSA, Ángel. La Cosa Juzgada: Valor Absoluto o Relativo. Derecho PUCP. N°56. 2003. pp. 297-360.
213. LANGE, Donald J. The Doctrine of Res Judicata in Canada. LexisNexis Butterworths. 2004.
214. LARROUCAU TORRES, Jorge. Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile. Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia. N°33. 2017. pp. 195-234.
215. LAUDAN, Larry. Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology. Cambridge University Press. Cambridge. 2006.
216. LAURIDO RICO, Ana. La cosa juzgada y su tratamiento procesal en el L.E.C. A Coruña. Tórculo. 2001.
217. LAW, Jonathan y MARTIN, Elizabeth. Oxford Dictionary of Law (7th Ed.). Oxford University Press. Oxford. 2014.
218. LAWRENCE, Solum. Procedural Justice. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 2004.
219. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio. Naturaleza y dimensiones del "stare decisis". Revista Chilea de Derecho. Vol. 33. N° 1. 2006 pp. 109-124.
220. LEIBLE, Stefan y Konrad-Adenauer-Stiftung. Proceso civil alemán. Biblioteca Jurídica Dikép. Medellín. 1999.

221. LE BARS, Thierry. L'autorité positive de chose jugée. [en línea]. Droit Judiciaire Privé. sexta edición. 2015. < <https://www.lextenso.fr/ouvrage/9782275049977-196>> [fecha consulta: 24 agosto 2019]
222. LEITÃO MARQUES, Maria; GOMES, Conceição, y PEDROSO, João. The Portuguese System of Civil Procedure. En: ZUCKERMAN, Adrian. (Coord) Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford University Press. Oxford. 1999. pp. 414-441.
223. LIEBMAN, Enrico. Sobre el Juicio Ejecutivo. Estudios en Honor de Hugo Alsina. Ediar editores. Buenos Aires. 1945.
224. LIEBMAN, Enrico. Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada. Traducción Santiago Santís Melendo. Ediar. Buenos Aires. 1946.
225. LIEBMAN, Enrico. Sulla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1947.
226. LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficacia ed autorità della sentenza. Milano. Giuffrè. 1962.
227. LIEBMAN, Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Santis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires. 1980.
228. LILLO LOBOS, Ricardo. La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). Revista Chilena de Derecho. Vol. 47. N° 1. 2020. pp. 119-157.
229. LIRA, José. Prontuario de los juicios o tratados de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena. Tomo 1. Librería Central de Mariano Servat. Santiago. 1895.
230. LOPES, Bruno. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. Saraiva. São Paulo. 2012.
231. LÓPEZ OLIVA, José. La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789. Revista Prolegómenos, Derechos y Valores. Vol. 14. N°28. 2011. pp. 121-134.
232. LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, La certezza del diritto. Giuffrè. Milan. 1968.
233. LOPEZ PASARO, Eduardo. Tutela sumaria de la posesión: Interdicto de recobrar. Dykinson. Madrid. 2015.
234. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. El interés casacional. Thomson. Madrid. 2002.
235. LOVITT, John. A Suit in the High Court of England. Pennsylvania Bar Association Quarterly. Vol. 27. N° 2. 1956. pp. 205-209.

236. LOWE, Vaughan. Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration. *African Journal of International and Comparative Law*. Vol. 8. N°1. 1996. 38-50.
237. LUNA SERRANO, Agustín. *La Seguridad Jurídica y las Verdades Oficiales del Derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2015.
238. LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*. Giuffrè. Milan. 1990.
239. MACHADO MARTINS, Priscila. *La cosa juzgada constitucional*. Editorial Reus. Madrid. 2018.
240. MACHADO MARTINS, Priscila. *La cosa juzgada material secundum eventum probationis en la acción constitucional de protección*. *Revista chilena de derecho*. Vol. 46. N°3. 2019. pp. 741-764.
241. MALEK, Hodge. *Phipson on evidence*. (19th ed.). Sweet & Maxwell London. 2018.
242. MANS PUIGARNAU, Jaime. *Lógica para juristas*. Bosch. Barcelona. 1978.
243. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1881.
244. MARINONI, Luiz. *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. *Ius et Praxis*. Vol. 18. N°1. 2012. pp. 249-266.
245. MARINONI, Luiz. *Cosa julgada sobre questão*. Editorial RT. São Paulo. 2018.
246. MARTINEAU, Robert. *Appellate Process in Civil Cases: A Proposed Model*. *Marquette Law Review*. Vol. 63. N°2. 1979. pp. 163-217.
247. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La nueva casación civil*. Estudio de la Ley 10/1992 de 30 de abril. Civitas. Madrid. 1993.
248. MARSH, A. H. *History of the Court of Chancery and of the Rise and Development of the Doctrines of Equity*. Carshwell and Co. Toronto. 1890.
249. MATURANA MIQUEL, Cristian. *Cosa Juzgada*. Universidad de Chile. Santiago 2011.
250. MATURANA MIQUEL, Cristian. *Las Medidas Cautelares, Los Incidentes, Los Procedimientos Declarativos Especiales, El Juicio Ejecutivo Y Los Asuntos Judiciales No Contenciosos*. Universidad de Chile. 2011.
251. MAYER, Lucie. *La Cour de cassation refuse toujours d'admettre l'autorité positive de la chose jugée*. *Gazette du Palais*. N°252. 2014. pp. 28-52
252. MAYNARD E., Pirsig. *Merger by Judgment*. *Minnesota Law Review*. Vol. 28. 1944. pp. 419-459.

253. McCLOUD, Victoria. *Civil Procedure Handbook*. 8th ed. Oxford University Press. Oxford. 2011.
254. MACCORMICK, Neil y SUMMERS Robert. Further general reflections and conclusions. En: MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (edits.) *Interpreting precedents: A comparative study*. Aldershot. Dartmouth Publishing. 1997. pp. 531-550.
255. MACCORMICK, Neil. Why Cases have Rationes and What These Are. En: GOLDSTEIN, L. (coord.). *Precedent in Law*. Clarendon Press. Oxford. 1987. pp. 155-182.
256. MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Stanford University Press. Stanford. 2008.
257. MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho* (trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne). Marcial Pons. Barcelona. 2011.
258. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nell processo civile*. Ditta editrice di corte e d'università Manz. Vienna. 1904.
259. MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. En: *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press. Oxford. 2006. pp. 339-382.
260. MILLAN HERNANDEZ, Carlos. *La incongruencia civil*. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.
261. MILLAR, Robert. The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law. *Michigan Law Review*. Vol. 39. N° 1. 1940. pp. 1-36.
262. MILLAR, Robert. The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law. *Michigan Law Review*. Vol. 39. N° 2. 1940. pp. 238-266.
263. MILLAR, Robert. Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata. *Illinois Law Review*. Vol. 35. N° 1. 1940-1941. pp. 41-59.
264. MONTERO AROCA, Juan. *Análisis crítico de la ley de enjuiciamiento civil en su centenario*. Civitas. Madrid. 1982.
265. MONTERO AROCA, Juan. *Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial*. *Derecho Privado y Constitución*. N° 8. 1996. pp. 251-295.
266. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTON REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *El Nuevo Proceso Civil*. 1° edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000.
- 267.

268. MONTERO AROCA, Juan. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.
269. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. Tratado de Recursos en el Proceso Civil. 2ªed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.
270. MONTERO AROCA, Juan *et al.* Derecho Jurisdiccional. Tomo II. 27ª edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2019.
271. MONTESANO, Luigi y ARIETA, Giovanni. Trattato di diritto processuale civile, Vol. I. Cedam. Padova. 2001.
272. MOSCHZISKER, Robert. Stare Decisis in Courts of Last Resort. Harvard Law Review. Vol. 37. N°4. 1924. pp. 409-430.
273. MOSCHZISKER, Robert. Res Judicata. Yale Law Journal. Vol. 38. N°3. 1929. pp 299-334.
274. MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian. Los Recursos Procesales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010.
275. NARUN, Gosh. An uncertain shield: res judicata in arbitration. Arbitration International. Vol. 31. N°4. 2015. pp. 661-668.
276. NELKEN, David. Comparatists and transferability. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY Roderick. Comparative legal studies: traditions and transitions. Cambridge University Press. Cambridge. 2003. pp. 437-464.
277. NIEVA FENOLL, Jordi. El recurso de casación civil. Ariel. Barcelona. 2003.
278. NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Ed. Atelier. Barcelona. 2006.
279. NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin de un mito. Abeledo Perrot. Santiago. 2010.
280. NISIMBLAT, Nattan. La Cosa Juzgada En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana Y El Principio Del Estoppel En El Derecho Anglosajón. Vniversitas. Vol. 58. N° 118. 2009. pp. 247-271.
281. NOBLES Richard y SCHIFF, David. The Right to Appeal and Workable Systems of Justice. Modern Law Review. Vol. 65. N° 5. 2002. pp. 676-701.
282. NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coord.). Modelando la ciencia jurídica . Palestra. Lima. 2014.
283. NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. Precedente en materia de hechos. Revista de derecho (Valdivia). Vol. 31. N° 1. 2018. pp. 51-78.

284. OLAECHEA ALVAREZ-CALDERÓN, Daniel. La Excepción de Cosa Juzgada. Derecho PUCP. N° 19. 1960. pp. 40-57.
285. ORELLANA TORRES, Fernando. Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Procedimientos civiles ordinarios y especiales. Librotecnia. Santiago. 2010.
286. ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko. Más allá del arbitraje cooperativo: la mediación cooperativa. Sobre la necesidad de fomentarla en el ordenamiento jurídico español a la luz del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Gezki. N° 8. 2012. pp. 111-141.
287. ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Iuria Novit Curia. Marcial Pons. Barcelona. 2007.
288. ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. Introducción al derecho procesal. 7° edición. Marcial Pons. Barcelona. 2016.
289. ORTELLS RAMOS, Manuel. Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil. Revista Ius et Praxis. Vol. 16. N° 1. 2010. pp. 395–440.
290. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. 18°ed. Aranzadi. Pamplona. 2019.
291. OVALLE FAVELA, José. Derecho procesal civil. 10a. ed. . Oxford University Press México. 2013.
292. PAGENSTECHER, Maximilian. Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess. Vol. 37. N°1. 1907.
293. PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 12° edición. Editorial Porrúa. México. 1986.
294. PALSSON, Lennart. Institute of Lis Pendens in International Civil Procedure. Scandinavian Studies in Law. Vol. 14. 1970. pp. 59-108.
295. PALOMO VELEZ, Diego y MATAMALA SOUPER, Pedro. Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. .Vol. 19. N° 2. 2012. pp. 237-274.
296. PEÑA ADASME, Andrés. La Flexibilidad del procedimiento civil: una reconstrucción teórica. 2018. Tesis Doctoral. Universidad Pompeu Fabra. 2018.
297. PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Los Bienes La Propiedad Y Otros Derechos Reales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006.

298. PEREIRA ANABALON, Hugo. La Cosa Juzgada formal en el procedimiento Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1954.
299. PEREIRA ANABALON, Hugo. Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico. Conosur. Santiago. 1996.
300. PEREZ AGUILERA, Luis. El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal. Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid. 2018.
301. PEREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ, Juan. Código Procesal Civil Alemán, ZPO. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil contemporáneo. Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo. 2006.
302. PERROT, Roger y FRICERO, Natalie. Autorite de la chose jugée, Juris-Classeur de procédure civile, Fasc. 554, Paris. 1992.
303. PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Bosch. Barcelona. 1996.
304. PICO I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Bosch. Barcelona. 1997.
305. PICÓ I JUNOY, Joan, director. Presente y futuro del proceso civil. Bosch. Barcelona. 1998.
306. PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. Derecho y Sociedad. Vol. 38. 2012. pp. 274 y 280.
307. PINOS, Timothy. Res Judicata Redux. Osgoode Hall Law Journal. Vol. 26. N°4. 1988. pp. 713-756.
308. PINUER, Claudio y OTEIZA, Teresa. Principios, competencia y anulamientos en el orden de constituyentes oracionales. Revista Signos . Vol. 45. N° 78. 2012. pp. 83-99.
309. PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit civil, revisado y completado por GEORGES RIPERT, con el concurso de JEAN BOULANGER. Tomo. II. 4°ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1949.
310. POLLOCK, Frederick and MAITLAND, Frederic. The History of English Law. Vol. II. Cambridge University Press. Cambridge. 1898.
311. POSNER, Richard. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. The Journal of Legal studies. Vol. 2. N°2. 1973. pp. 399-458.
312. POTHIER, Robert. Tratado de las obligaciones. Ed. Imprenta y Litografía de J. Roger. Barcelona. 1839.

313. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. La acción declarativa (un estudio de historia, doctrina y legislación procesales). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. N° 161. 1932. pp. 181 y ss.
314. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. El cambio del punto de vista jurídico. *Revista de Derecho Procesal*. 1956. pp. 251-263.
315. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Volumen I y II. Editorial Revista de Derecho de Madrid. 1968.
316. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, 2° edición. Aranzadi. Pamplona. 1985.
317. PUGLIESE, María. La certeza del derecho en la concepción de Flavio López de Oñate. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Vol. 22. 2010. pp.1265-1278.
318. RAMINA DE LUCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 252. 2016. pp. 1-27.
319. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *La Sucesión Procesal*. Hispano Europea. Barcelona. 1974.
320. RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Librería Bosch. Barcelona. 1980.
321. RIED UNDURRAGA, Ignacio. Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 45. 2015. pp. 205-241.
322. RIEGO RAMIREZ, Cristián y LILLO LOBOS, Ricardo. ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la Justicia Civil en Chile? Aportes para la Reforma. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 25. 2015. pp. 9-54.
323. RIEGO RAMIREZ, Cristián. El sistema de “Case management” y su aplicación en el contexto chileno. *Revista Sistemas Judiciales*. N° 14. 2014. pp. 76-82.
324. RIPPON, Stephen. *Kingdom, Civitas, and County. The evolution of territorial identity in the English landscape*. Oxford University Press. Oxford. 2018.
325. RIVERO HURTADO, Renée. *La prejudicialidad en el proceso civil chileno*. Thomson Reuters. Santiago. 2016.
326. RIVERO, Ivana. La cosa juzgada irrita. *Revista de Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires*. N°1. 2013. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66204&print=1>. Fecha de consulta 10 de enero de 2020.

327. ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II. 2° reimpresión inalterada. De Palma. Buenos Aires. 1983.
328. RODRIGUEZ FERRERE, Marcelo. The Inherent Jurisdiction and Its Limits. Otago Law Review. Vol. 13. N° 1. 2013. pp. 107-144.
329. RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010.
330. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26. 1999. pp. 504-515.
331. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002.
332. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Manual de derecho procesal. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005.
333. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006.
334. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La sucesión procesal o cambio de partes en el proceso civil. Ius et Praxis. Vol. 17. N° 1. 2011. pp. 263-270.
335. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La prejudicialidad en el proceso civil. Revista chilena de derecho. Vol. 42. N°2. 2015. pp. 453-482.
336. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Thomson Reuters. Santiago. Tomo IV. 2016.
337. ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Thomson Reuters. Santiago. Tomo IV. 2017.
338. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La obligación solidaria pasiva y debido proceso. Revista Chilena de Derecho. Vol. 46. N° 1. 2019. pp. 99-127.
339. ROSENDE VILLAR, Cecilia. Efectos directos y reflejos de la sentencia, Revista Chilena de Derecho. Vol. 28. N°3. 2001. pp. 498-507.
340. ROSENBERG, Leo. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Berlín. 1929.
341. ROSENBERG, Michael. Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market. Harvard Law School, Public Law Research Paper No. 44; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 394. 2002. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=354100> fecha de consulta 10 de julio de 2020.

342. ROWE, Thomas. Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms from Class Actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*. N° 13. 2003. pp. 125-149.
343. RUBIO GARRIDO, Tomás. Cosa juzgada y tutela judicial efectiva. *Derecho Privado y Constitución*. N° 16. 2002. pp. 259-392.
344. RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo. El principio dispositivo y las intimaciones judiciales en la prueba. En: PICO I JUNOY, Joan. (coord.) *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos. Bosch. Barcelona. 2013. pp. 197-207.*
345. SANCHEZ MAGGIO, Fabrizio. *Iura novit curia y Principio de Congruencia en sede civil en materia de daños. Colección Jurídica Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Santiago. 2019.*
346. SANCHEZ LOPEZ, Barbara. *Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas). Marcial Pons. Madrid. 2017.*
347. SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile. 11° ed. Cedam. Milan. 1993.*
348. SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho romano actual, tomo V, traducido del alemán por Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. F. Góngora y compañía, editores. Madrid, 1879.*
349. SCHAFFSTEIN, Silja. *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals. Oxford University Press. Oxford. 2016.*
350. SCHWAB, Karl. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil. Traducción de Thomas Banzhaf. 1968. EJEA. Buenos Aires. 1968.*
351. SENÉS MOTILLA, Carmen. *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español. Mc Graw-Hill. Madrid. 1996.*
352. SERRA DOMINGUEZ, Manuel. *Intervención del vendedor en el proceso de evicción. Estudios de Derecho Procesal. Ed. Ariel. Barcelona. 1969.*
353. SERRA DOMINGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo xvi, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil. Madrid. 1991.*
354. SEVILLA, Percy. *Breves apuntes sobre la cosa juzgada en el proceso civil. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Vol. 7. N°2. 2017. pp. 202-232.*
355. SHAPIRO, David. *Civil procedure. Preclusion in civil actions. Turning Point. Series. New York. 2016.*
356. SHAVELL, Steven. *The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. Journal of Legal Studies. Vol. 11. N°. 2. 1982. pp. 333-340.*

357. SHELL, Richard. Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration. *UCLA Law Review*. Vol. 35. N°4. 1988. pp. 623-690.
358. SILVA MELERO, Valentín. La cosa juzgada en el proceso civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vol. 85. N° 168. pp. 37-53.
359. SIME, Stuart. Res Judicata and ADR. *Civil Justice Quarterly* 44. Vol. 34. N°1. 2015. pp. 35-52.
360. SINAI Yuval. Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 21. N°2. 2011. pp. 353-400.
361. SLORACH, Scott et al. *Legal Systems & Skills*. Oxford University Press. Oxford. 2015.
362. SODERLUND, Christer. Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings. *Journal of International Arbitration*. Vol. 22. N° 4. 2005. pp. 301-322.
363. SOMMA, Alessandro. *Introducción al Derecho Comparado*. Editorial Universidad Carlos III. Madrid. 2014.
364. SORABJI, John, *The Road to New Street Station: Fact, Fiction and the Overriding Objective*. *European Business Law Review*, Forthcoming; *Law And Civil Justice Special Issues In Memory Of Kurt Lipstein*, M. Andenas, N. Andrews and M. Tamaruya, eds., Forthcoming; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 21/2011.
365. SORABJI, John. *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*. Cambridge University Press. Cambridge. 2014.
366. SORABJI, John. Austerity's Effect on English Civil Justice. *Erasmus Law Review*. Vol. 8. N° 4. 2015. pp. 159-173.
367. SOSPEDRA NAVAS, Francisco. *Mediación y arbitraje, los sistemas alternativos de resolución de conflictos*. Civitas. Madrid. 2014.
368. STAPF, Beatrice. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre im französischen und spanischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Mohr Siebeck. 2017.
369. STEAKLEY, Zollie and HOWELL, Weldon. Ruminations of Res Judicata. *Southwestern Law Journal*. Vol. 28. Issue 1. 1974. pp. 355-372.
370. STEIN, Friedrich y JONAS, Martin. *Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich*. Tübingen. 1926.
371. STOEHREL MAES, Alberto. *De las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010.

372. TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. Ed. RT. São Paulo. 2005.
373. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Sujeto y objeto del proceso civil. Anuario jurídico de La Rioja. N°5. 1999. pp. 13-65.
374. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Efectos objetivos de la cosa juzgada. En: Efectos jurídicos del proceso, Cuadernos de Derecho Judicial. 1999.
375. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. El Objeto del Proceso. Alegaciones. Sentencias. Cosa Juzgada. La Ley. Madrid. 2000.
376. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el art. 222 de la ley de enjuiciamiento civil. Discurso de ingreso a la academia de jurisprudencia y legislación de baleares pronunciado el 1 de diciembre de 2005.
377. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada (Estudio de Jurisprudencia Civil). Dickinson. Madrid. 2010.
378. TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, I parte. Rivista di Diritto Processuale. XXVI. 1971. pp. 652-687.
379. TARUFFO, Michele. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil. Palestra Editores. Lima. 2005.
380. TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons. Barcelona. 2009.
381. TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Marcial Pons. Madrid. 2010.
382. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Director). Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010.
383. TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Estudos sobre o Novo Processo Civil. Lex. 1997.
384. THEODORO, Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. Revista EMERJ. Vol. 20. N° 1. 2018. pp. 70-95.
385. TROCKER, Nicolo. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela : sostanziale e garanzie di difesa processuale : profili dell'esperienza giuridica tedesca. Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Vol. 43. N°1. 1988. pp. 35-95.
386. TROMANS, Stephen. History that cannot be Re-Written: Res Judicata in Public Law. The Cambridge Law Journal. Vol. 49. N°2. 1990. pp. 192-194.
387. TSEN LEE, Evan. The Dubious Concept of Jurisdiction. Hastings Law Journal. Vol. 54. 2002. pp. 1613-1640.

388. TWINING, William. Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics. *The Modern Law Review*. Vol. 56. 1993. pp. 380-392.
389. UZELAC, Alan. Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world en UZELAC, Alan. (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014.
390. UZELAC, Alan y VAN RHEE, Cornelius. Appeals and others means of recourse against judgments in the context of the effective protection of civil rights and obligations. En: VAN RHEE Cornelius Hendrik.; UZELAC, Alan (eds.). *Nobody's Perfect. Comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters*. Intersentia. Cambridge. 2014.
391. UZELAC, Alan. Towards European rules of civil procedure: Rethinking procedural obligations. *Hungarian Journal of Legal Studies*. N° 58. 2017. pp. 3-18.
392. VAN DE VELDEN, Jacob. Finality in litigation. The law and practice of preclusion-res judicata (merger and estoppel), abuse of process and recognition of foreign judgments. *Kluwer Law International B.V. Países Bajos*. 2017.
393. VAN RHEE, Cornelius. *European Traditions in Civil Procedure*. Intersentia. Oxford. 2005.
394. VAN RHEE, Cornelius. Civil justice in pursuit of efficiency. En: UZELAC A. (Ed.). *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. N° 34. Dordrecht. 2009. pp. 61-77.
395. VAN RHEE, Cornelis. Case management in Europe: a modern approach to civil litigation. *International Journal of Procedural Law*. Vol 8, N°1. 2018. pp. 65-84
396. VALENZUELA SALDIAS, Jonatan. *Hechos, Pena y Proceso: Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Rubicón Editores. Santiago. 2017.
397. VALLESPÍN PÉREZ, David. *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*. CIMS. Barcelona. 2007.
398. VALLINES GARCIA, Enrique. Preclusión, Cosa Juzgada Y Seguridad Jurídica: A Vueltas Con El Artículo 400 De La Ley De Enjuiciamiento Civil. En: DÍEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (coord.). *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2016. pp. 3171-3195.

399. VERKERK, Remme. What is judicial case management? a transnational and european perspective. En: VAN RHE, Cornelius. Judicial case management and efficiency in civil litigation. Intersentia. Oxford. 2008. pp. 27-55.
400. VARIOUS AUTHORS. Developments in the Law: Res Judicata. Harvard Law Review. Vol. 65. N°5. 1952. pp. 818-887.
401. VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley N° 25.675. Revista de Processo. N°167. 2009.
402. VESTAL, Allan. Rationale of Preclusion. Saint Louis University Law Journal. Vol. 9. N° 1. 1964. pp. 29-55.
403. VESTAL, Allan. Res Judicata/Claim Preclusion: Judgment for the Claimant. Northwestern University Law Review. Vol. 62. 1967-1968. pp. 357-395.
404. VESTAL, Allan. Res Judicata/Preclusion by Judgment: The Law Applied in Federal Courts. Michigan Law Review. Vol. 66. N°8. 1978. pp. 158-194.
405. VESTAL, Alan. Restatement (Second) of Judgments: A Modest Dissent. Cornell Law Review. Vol. 66. N°3. 1981. pp. 464-509.
406. VESTAL, Allan. Preclusion/Res Judicata Variables: Adjudicating Bodies. Georgetown Law Journal. Vol. 54. N°3. 1996. pp. 850-875.
407. VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio. Consideraciones acerca del método funcional y su empleo en la comparación jurídica. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. N° 26. 2012. pp 319-339.
408. WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza procesal alemana. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires. 1958.
409. WATSON, Garry. Duplicative litigation: issue estoppel, abuse of process and the death of mutuality. Canadian Bar Review. Vol. 69. N°4. 1990. pp. 623-668.
410. WATT, Gary. The danger and deceit of the rule in Henderson v. Henderson: a new approach to successive civil actions arising from the same factual matter. Civil Justice Quarterly. Vol 19. 2000. pp. 287-314.
411. WATT, Gary. Henderson is dead! Long live Henderson! - the modern rule of abuse of process. Civil Justice Quarterly. Vol. 20. N°1. 2001. pp. 90-101.
412. WEBB, John. Res Judicata - Actions in Rem - Durfee v. Duke. SMU Law Review. Vol. 18. Issue 3. 1964. pp. 500-507.
413. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: A View from the Citadel. European Review of Private Law. Vol. 14. Issue 5. 2006. pp. 705-746.

414. WIEACKER, Franz. A History of Private Law in Europe. Oxford University Press. Oxford. 1995.
415. WIENER DEUTSCH, Felipe. Análisis comparado de la cosa juzgada civil en el derecho occidental. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2019.
416. WILLIAMS, Hall. Res Judicata in recent cases. Modern Law Review. Vol. 13. Issue 3. 1950. pp. 307-317.
417. WISMANN, Heinz. Penser entre les langues (Philosophie) (French Edition). Flammarion. Paru. 2014.
418. WOLFF, A. A. Res Judicata in Divorce. University of Western Australia Annual Law Review. Vol. 1. N° 3. 1950. pp. 369-397.
419. WOODHOUSE, Diana. The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court. Legal Studies. Vol. 24. N°. 1-2. 2004, pp. 134-155.
420. WOOLF, Harry. Final Report. United Kingdom Judiciary. 1996.
421. YOUNG Alison. *et al* . Europe's Gift to the United Kingdom's Unwritten Constitution – Juridification. En: ALBI, Aneli., BARDUTZKY, Salmo. (eds). National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. T.M.C. Asser Press. 2019.
422. ZANDER, Michael. Pre-Trial Civil Proceedings. Cases and Materials on the English Legal System (10th edn). Cambridge University Press. Cambridge. 2007.
423. ZANDER, Michael. The Woolf reforms: What's the Verdict? En: DWYER, Déirdre (ed). The Civil Procedure Rules Ten Years On. Oxford University Press. Oxford. 2009. pp. 417-433.
424. ZARZALEJOS HERRERO, Jaime. Análisis Comparado de la Cosa Juzgada en Derecho Inglés. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 10. N° 1. 2018 pp. 489-509.
425. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1995.
426. ZUCKERMAN, Adrian. Dismissal for delay - the emergence of a new philosophy of procedure. Civil Justice Quarterly. Vol. 17. N°2. 1998. pp. 223-229.
427. ZUCKERMAN, Adrian. Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford University Press. Oxford. 1999.
428. ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights. Civil Justice Quarterly. Vol. 26. N°1. 2007. pp. 1-9.

429. ZUCKERMAN, Adrian. Finality of litigation - setting aside a final judgment. *Civil Justice Quarterly*. N° 27. Issue 2. 2008. pp. 151-157.
430. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*. Sweet and Maxwell. Londres. 2013.
431. ZUCKERMAN, Adrian. The continuing management deficit in the administration of civil justice. *Civil Justice Quarterly*. Vol. 34. N° 1. 2015. pp. 1-11.
432. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Clarendon Press. Oxford. 1998.

JURISPRUDENCIA

REINO UNIDO

1. *Al Rawi v The Security Service* [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531.
2. *Amgen Inc v Boehringer Mannheim GmbH* [1997] FSR 289.
3. *Ashby v White* [1703] 2 Ld Raym 938.
4. *Bain v Cooper* [1841] 8 M&W 751.
5. *Barnstaple Boat Co Ltd v Jones* [2007] EWCA Civ 727.
6. *Barrow v Bankside Members Agency Ltd. and Others* [1996] 1 W.L.R. 257.
7. *Barrs v Jackson* [1845] 1 Phillips 582.
8. *Beheer BV v. Berry Floor NV* [2007] EWCA Civ 364.
9. *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153.
10. *Blackham's Case* [1708] 1 Salkeld 290.
11. *Bon Groundwork Limited v Foster* [2012] EWCA Civ 252.
12. *Bragg v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd Ulster Marine Insurance Co Ltd v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [1982] 2 Lloyd's Rep. 132.
13. *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik Respondents v South India Shipping Corporation Ltd. Appellants* [1981] 2 W.L.R. 141.
14. *Broome v Wooton* [1605] Yelverton 67 80 E.R. 47.
15. *Brunsdon v. Humphrey* [1884-85] LR 14 QBD 141.
16. *Buehler AG v Chronos Richardson Ltd* [1998] EWCA Civ 509.
17. *Buttes Gas & Oil Co v Hammer* [1982] AC 888 (HL).
18. *C (A Minor) v Hackney LBC* [1996] 1 W.L.R. 789.
19. *Cie Noga d'Importation et d'Exportation SA v Australia and New Zealand Banking Group Ltd and others* [2002] EWCA Civ 1142.
20. *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605.
21. *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1967] AC 853, HL.
22. *Churchill & Sim v. Goddard* [1937] 1 K.B. 92.
23. *Cinpres Gas Injection Limited -v- Melea Limited* [2008] EWCA Civ 9.
24. *Coburn v. Colledge* [1897] 1 QB 702, 706.
25. *Colley v Council for Licensed Conveyancers* [2001] EWCA Civ 1137.
26. *Conquer v. Boot* [1928] 2 K.B. 336.

27. *Curwen v James* [1963] 1 W.L.R. 748.
28. *Dexter Ltd (In Administrative Receivership) v Vlieland-Boddy* [2003] EWCA Civ 14.
29. *Dixon v Marchant Court of Appeal* (Civil Division), 24 de enero de 2008.
30. *DSV Silo und Verwaltungsgesellschaft mbH v Owners of the Sennar (The Sennar)* (No.2) [1985] 1 W.L.R.
31. *Duches of Kingston* [1776] EngR 16.
32. *Ferrer v. Arden* [1599] 77 Eng Rep. 263, 266; 6 Co. Rep. 7 a (Eng.).
33. *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630.
34. *Fraser v HLMAD Ltd* [2006] EWCA Civ 738.
35. *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd* [1977] 1 W.L.R. 510.
36. *Geogas SA v. Trammo Gas Limited (The Baleares)* [1993] 1 Ll Rep 215.
37. *Gray v Lewis* [1873] 8 Ch app 103.
38. *Gregory v Molesworth* [1747] 3 ATK 626.
39. *Grieves v FT Everard & Sons Ltd* [2007] UKHL39.
40. *Hall v Odber* [1809] 11 East 118.
41. *Hashtroodi v Hancock* [2004] 1 WLR 3206.
42. *Henderson v Henderson* [1843] 3 Hare 100.
43. *House of Spring Gardens v. Waite* [1990] 3 W.L.R. 347 (C.A.).
44. *House of Springs Gardens v Waite* [1991] QB 241.
45. *Hoysted v Federal Commissioner of Taxation* [1921] HCA 56; 29 CLR 537.
46. *Hudson v Secretary of State for social services* [1972] A.C. 944.
47. *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police* HL ([1982] AC 529, [1981] 3 WLR 906.
48. *John v Mendoza* [1939] 1 K.B. 141.
49. *Johnson v Gore Wood & Co (A Firm)* [2001] 2 W.L.R. 72.
50. *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55, C.A.
51. *Khan v Goleccha International ltd.* [1980] 1 W.L.R. 1482.
52. *Kinch Appellant; v Walcott and others Respondents* [1929] A.C. 482.
53. *Kinnis v Graves* [1898] 67 LJ QB 583.
54. *Kok Hoong v Leong Cheong Kweng Mines Ltd* [1964] 2 W.L.R. 150.
55. *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Corporation ("Perjury II")* [2005] EWHC 2524 (Comm).
56. *Ladd v Marshall* [1954] WLR 1489.

57. *Letang v Cooper* [1964] EWCA Civ 5.
58. *Lilyford v La Porta* [2013] EWHC 434 (Ch).
59. *M (Children)* [2013] EWCA Civ 1170.
60. *McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283.
61. *McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands* [1982] A.C. 529.
62. *Midland Bank Trust Co Ltd v Green (No. 1)* [1981] 1 AC 513.
63. *Mills v Cooper* [1967] 2 Q.B 459.
64. *Minister for Immigration v B* [2004] 219 CLR 365, 377.
65. *Nana Ofori Atta II. Omanhene of Akyem Abuakwa and Another Appellants: v Nana Abu Bonsra II AS Adansehene and AS representing the Stool of Adanse and Another Respondents* [1957] 3 W.L.R. 830.
66. *New Brunswick Railway Co v British and French Trust Corporation Ltd* [1939] AC 1.
67. *Odyssey v OIC Run-Off* [2000] EWCA Civ 71.
68. *O'Laoire v Jackel International (No.2)* [1991] ICR 718.
69. *Outram v Morewood Clerk, and Ellen, his Wife* [1803] 3 East 346 102 E.R. 630.
70. *Paragon Finance Plc v DB Thakerar & Co* [1999] 1 All E.R. 400.
71. *Parisienne Basket Shoes Pty Ltd v Whyte* [1938] HCA 7 - 59 CLR 369.
72. *Pastras v The Commonwealth* [1966] 9 FLR 152.
73. *Phosphate Sewage Co Ltd V Molleson* [1879] 4 App Cas 801.
74. *Pozzoli SPA v BDMO SPA* [2007] EWCA Civ 588.
75. *R (Coke-Wallis) v Institute of Chartered Accountants of England and Wales* [2001] UKSC 1; [2011] 2 AC.
76. *R v Hartington Middle Quarter Inhabitants* [1855] E & B 780.
77. *R v. Hutchings* [1881] 6 Q.B.D. 300.
78. *Re A Minor* [1982] 1 W.L.R. 438.
79. *Re Allsop and Joy's Contract* [1889] 61 LT 213.
80. *Re O' Connor and Whitlaw's Arbitration* [1919] 88 LJKB 1242 CA, 1246, 1248.
81. *Re State Of Norway's Application (No 2): HI 1989* [1990] 1 Ac 723.
82. *Re Coles and Ravenshear* [1907] 1 KB 1-4.
83. *Re Walton-cum-Trimley Manor, ex p Tomline* [1873] 28 LT 12.
84. *Reed Executive Plc v. Reed Business Information Ltd* [2004] EWCA Civ 159.
85. *Republic of India and Others v India Steamship Co Ltd (Indian Grace)* [1993] AC 410.

86. *Resolution Chemicals Ltd v H Lundbeck A/S* [2013] EWCA Civ 924.
87. *Ropac Ltd v Inntrepreneur Pub Co. (CPC) Ltd* [2001] L.&T.R. 10.
88. *Royal Bank of Scotland Plc v Highland Financial Partners LP* [2013] EWCA Civ 328.
89. *Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs (Respondent) v Meier and another (FC) (Appellant) and others and another (FC) (Appellant) and another* [2009] UKSC 11.
90. *Shogun Finance Ltd v. Hudson* [2003] UKHL 62; [2004] 1 AC 919.
91. *Symphony Group plc v. Hodgson* [1993] 4 All ER 143.
92. *Strachan v. The Gleaner Company Ltd & Anor* (Jamaica) [2005] UKPC 33.
93. *Swain v Hillman* [2000] 1 All ER 91.
94. *Talbot v Berkshire County Council* [1994] Q.B. 290.
95. *Taylor v Hollard* [1902] 1 K.B. 676.
96. *The Amphill Peerage Case* [1977] AC 547 1977 HL.
97. *Tehrani v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 47, [2007] 1 AC 521.
98. *Thoday v. Thoday* [1964] P 181 CA.
99. *Thrasyvoulou v Secretary of State for the Environment* [1990] 2 AC 273.
100. *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No 3)(Three Rivers)* [2003] 2 AC 1.
101. *Tildesley v Harper* (10 ChD 393).
102. *Trade Indemnity Co Ltd v Workington Harbour and Dock Board (No 2)* [1938] 2 All ER 101.
103. *Turner v London Transport Executive* [1977] ICR 952 CA, 966.
104. *United Australia, Limited Appellants; v Barclays Bank, Limited Respondents* [1941] A.C. 1.
105. *Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK Ltd* [2013] UKSC 46.
106. *Watt (formerly Carter) v Ahsan* [2008] AC 696.
107. *Wytcherley v Andrews* [1871] LR 2 P&M 327.
108. *Yat Tung Investment Co Ltd v Dao Heng Bank Ltd* [1975] A.C. 581.
109. *Yuill v Yuill* [1945] All ER 183.
110. *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Company* [2011] EWHC 1461 (Comm).
111. *Zurich Insurance Company Plc V Hayward* [2011] Ewca Civ 641.

ESTADOS UNIDOS

1. *Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90 (1980).
2. *Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav*, 22 Ill.19 Cal.2d 807, 122 P.2d 892 (1942).
3. *Blonder-Tongue Labs., Inc. v. University of Ill. Foundation*, 402 U.S. 313 (1971)
4. *Burlen v. Shannon*, 99 Mass. 200.
5. *Cutter v Town of Durham*, 411 A.2d 1120, 1121 (N.H. 1980).

6. *Parklane Hosiery Co. V. Shore*, 439 U.S. 322, 99 S. Ct. 645, 58 L. Ed. 2d 552, 1979 U.S. 50 (1970).
7. *Sawyer v Woodbuy*, 7 Gray (Mass.), 499.
8. *Cromwell v. County of Sac*, 22 Ill.94 U.S. 351 (1876).
9. *Jeter v. Hewitt*, 63 U.S. 352 (1859).
10. *Nat. Treasury Emp. Union v. I.R.S.*, 247 U.S. App. D.C. 20
11. *Alary Corp v Sims (In re Associated Vintage Group)*, 283 B.R. 549, 557-58 (Bankr. 9th Cir. 2002).
- 12.

AUSTRALIA

1. *Blair v Curran* (1939) HCA 23; 62 CLR 464.
2. *Breen v Williams* (1996) 186 CLR 71.
3. *Co-Ownership Land Development Pty Ltd Queensland Estates Pty Ltd* (1973) 47 ALJR 519, 512.
4. *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921) 29 C.L.R. p.561-562.
5. *O'Donel v Commissioner for Road Transport and Tramways (NSW)* (1938) HCA 15; 59 CLR 744.

NUEVA ZELANDIA

1. *Taylor v Attorney General* (1975) 2 NZLR 675, 680 (NZCA)
2. *Siemer v Solicitor-General* (2010) 3 NZLR 767 at [29] (SCNZ)

CANADÁ

1. *R v Duhamel* N°2 (1981) 131 DLR

2. *R v Caron* (2011) 1 SCR 78 at [24] (SCC)

CORTE EUROPEA DE JUSTICIA

1. *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship Tatry v Owners of the Ship Maciej Rataj* (Caso C-406/92).
2. *Köbler v. Austria*. (Caso C-224/01).
3. *Graham J. Wilson* (Caso C-506/04)

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

1. *Delcourt v Belgica* (1970) ECHR
2. *Fayet v Reino Unido* (1995) ECHR
3. *Lalmahomed v Países Bajos* (2011) ECHR
4. *Hirvisaari v Finlandia* (2001) ECHR
- 5.

CHILE

1. *Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de enero de 2010, Rol 1535.*
2. *Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de junio de 2010, Rol 1373.*
3. *Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 22 de noviembre de 2016, Rol 3005-2016.*
4. *Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 7 de junio de 2018, Rol 3054-2016.*
5. *Sentencia Corte Suprema, 24 de diciembre de 2007, Rol 1263-2000*
6. *Sentencia Corte Suprema, 11 de julio de 2016, Rol 10357-2015*
7. *Sentencia Corte Suprema. 12 de septiembre de 2011, Rol 4713-2009*
8. *Sentencia Corte Suprema, 8 de abril de 2020, Rol 785-2018.*
9. *Sentencia Corte Suprema, 8 de abril de 2020, Rol 240-2018.*
10. *Sentencia Corte Suprema, 19 de marzo de 2019, Rol 11660-2017.*
11. *Sentencia Corte Suprema, 21 de enero de 2016, Rol 1268-2015.*
12. *Sentencia Corte Suprema, 13 de enero de 2014, Rol 9631-2012.*
13. *Sentencia Corte Suprema, 10 de septiembre de 2014, Rol 1051-2014.*
14. *Sentencia Corte Suprema, 16 de marzo de 2015, Rol 27796-2014.*
15. *Sentencia Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol 18841-2015.*
16. *Sentencia Corte Suprema, 9 de mayo de 2012, Rol 2398-2011.*
17. *Sentencia Corte Suprema, de 27 de diciembre de 2018, Rol 12230-2018.*

18. *Sentencia Corte Suprema, 2 de julio de 2014, Rol 5830-2013.*
19. *Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2016, Rol 3430-2012.*
20. *Sentencia Corte Suprema, 29 de marzo de 2017, Rol 82-2012.*
21. *Sentencia Corte Suprema, 19 de marzo de 2019, Rol 44260-2017.*
22. *Sentencia Corte Suprema 23 de Septiembre de 2020, Rol: 14784-2020.*
23. *Sentencia Corte Suprema 5 de Agosto de 2020, Rol: 21015-2020,*
24. *Sentencia Corte Suprema 11 de Septiembre de 2017, Rol: 52948-2016,*
25. *Sentencia Corte Suprema 14 de Noviembre de 2019, Rol N° 20.520-18*
26. *Sentencia Corte Suprema 5 de Agosto de 2020 Rol N° 21015-2020*
27. *Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de noviembre de 2016, Rol 1891-2016*
28. *Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 24 de diciembre de 2012, Rol 94-2012*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. 2001*
2. *Tribunal Constitucional Vs. Perú 2008*
3. *Ivcher Bronstein Vs. Perú 2001*

ITALIA

Cass. sez. un. 25 maggio 2001, n. 226;

Cass. 23 ottobre 1995 n. 11018

FRANCIA

Cesareo v. Cesareo. Corte de Casación de Francia. 7 de julio de 2006

ESPAÑA

1. *STS 739/2007, Septiembre 13, 2010.*
2. *STS 768/2013, Diciembre 5, 2013.*
3. *STS 117/2015, Marzo 5, 2015.*

4. *STS 132/2016, Marzo 4, 2016.*
5. *STS 515/2016, Julio 21, 2016.*
6. *STS 672/2016, Noviembre 16, 2016;*
7. *STS 93/2017, Febrero 15, 2017*
8. *STS 664/2017, Diciembre 13, 2017*
9. *STS 347/2018, Junio 7, 2018.*
10. *STS 607/2019, Diciembre 10, 2019*
11. *STS 5/2020, Enero 8, 2020*
12. *STC 62/1984, Mayo 21, 1984,*
13. *STC 34/2003, Febrero 25, 2003*
14. *STC 071/2010, Octubre 18, 2010.*
15. *STC 71/2010, Octubre 28, 2010.*