

COMENTARIO:

NOTAS SOBRE LA COSA JUZGADA EN EL RECURSO DE PROTECCION

Alejandro Romero Seguel

Abogado, Profesor Derecho Procesal
Universidad de los Andes

PRESENTACION DEL PROBLEMA

La doctrina contenida en los considerandos 1° y 2° invitan a formular algunas notas sobre el efecto de cosa juzgada en el mal denominado recurso de protección, regulado en el artículo 20 de la CPE. En efecto, surge la duda sobre la eficacia de cosa juzgada que se debe reconocer a la sentencia dictada en un recurso de protección que alcance el grado de firme, atendido que ni el texto constitucional ni el Auto Acordado, de fecha 24 de junio de 1992 (modificado parcialmente el 4 de mayo de 1996), nada señalan sobre el particular.

La expresión del precepto constitucional referido, "sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales corres-

Contra este fallo la demandada anunció y formalizó recurso de casación en la forma y apeló de la misma sentencia.

Funda el recurso de casación referido, en las causales de nulidad contempladas en los N° 6 y N° 5 del artículo 768, esta última en relación con los N°s. 6 y 4 del artículo 170, todos del Código de Procedimiento Civil.

Encontrándose en estado se han traído los autos para dictar sentencia.

Considerando:

1°) Que la recurrente ha fundado su recurso en que la sentencia de primera instancia ha incurrido en las siguientes causales: la del N° 6 del artículo 768 del Código del Ramo, por haberse dictado el fallo impugnado en contra de otro pasado en autoridad de cosa juzgada, sosteniendo que por haberse dictado sentencia en un recurso de protección, rol N° 1.80-93 de esta Corte, deducido por la actora, solicitando lo mismo que se pide en este juicio, el cual fue rechazado, siendo dicho

fallo confirmado por la Corte Suprema, incurriéndose por consiguiente, con la dictación de la sentencia impugnada, en el vicio denunciado, puesto que oportunamente se opuso la excepción respectiva siendo someramente mencionada en el fallo que se revisa.

2°) Que procede desestimar la causal de nulidad aludida pues no se reúnen las exigencias que sobre el particular dispone el artículo 177 del Código de Enjuiciamiento; basta con señalar que el recurso de protección no es un juicio, y además, no se ha producido la triple identidad a que se refiere la disposición citada para la procedencia de la excepción de cosa juzgada que se alega¹.

¹ El fallo está publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCIV, secc. 2°, N° 2 1997, pp. 84-85. Sólo se ha transcrito la parte de la sentencia que interesa para este comentario. La sentencia fue pronunciada por los Ministros Sergio Valenzuela P., Gabriela Pérez P. y Gloria Olivares G. Redacción de la Ministra señora Gabriela Pérez P.

pondientes”, en nuestra opinión no dice relación directamente con el tema de la cosa juzgada, sino con una cuestión conexas, relativa al del denominado concurso de acciones, motivo por el cual todos los problemas sobre la cosa juzgada que se producen en este ámbito se deben resolver considerando las categorías doctrinales de cosa juzgada sustancial, cosa juzgada formal, efecto negativo y efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

A propósito de este tema surgen varias interrogantes, tales como: si el fallo de protección firme (y eventualmente ejecutoriado) impide renovar el debate en un proceso ulterior, a través de la excepción de cosa juzgada; si lo resuelto en un recurso de protección tiene carácter inmutable; qué debe entenderse como juzgado en la sentencia de protección (límites objetivos, subjetivos y temporales); qué efectos produce la sentencia de protección en procesos ulteriores: sólo un efecto excluyente, o también uno positivo o prejudicial; si existe la posibilidad de alegar litispendencia, como un mecanismo tutelar preventivo de la cosa juzgada siempre que se dé la triple identidad.

Todas estas dudas nacen fundamentalmente por las singulares características de la acción de protección, la que se introdujo en nuestro ordenamiento con el fin de proteger eficazmente ciertos derechos y libertades constitucionales. Aunque han existido voces disonantes en la jurisprudencia, es una realidad que la acción de protección constituye un medio ordinario para defender ciertas garantías y libertades constitucionales. Lo anterior contrasta con lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, donde las acciones de protección de garantías fundamentales constituyen medios extraordinarios, que sólo se pueden interponer una vez agotada la vía judicial ordinaria, situación que ha llevado a

generar conflictos entre la jurisdicción constitucional y la judicatura ordinaria, en razón que el recurso de amparo (protección) se ha convertido prácticamente en la última instancia. En Chile, en cambio, las dificultades que se generan con el recurso de protección son diametralmente distintas, y apuntan al peligro latente que dicho instrumento se transforme –figuradamente hablando– en la *única instancia* para resolver conflictos, problema cuya solución pasa en parte por analizar la eficacia de cosa juzgada de la sentencia firme de protección.

Con la amplitud alcanzada por el mal denominado recurso de protección, era lógico que se empezaran a producir ciertas dificultades, especialmente en orden a precisar la eficacia que se debe atribuir a la sentencia de protección firme en relación a procesos ordinarios ulteriores, como se desprende nítidamente del fallo que motiva este comentario; en dicha sentencia se estableció “que procede desestimar la causal de nulidad aludida [la cosa juzgada] pues no se reúnen las exigencias que sobre el particular dispone el artículo 177 del Código de Enjuiciamiento; basta con señalar que el recurso de protección no es un juicio, y además no se ha producido la triple identidad a que se refiere la disposición citada para la procedencia de la excepción de cosa juzgada que se alega”. Tal doctrina da motivo para pensar que los juzgadores atribuyen implícitamente una eficacia de cosa juzgada sustancial a la sentencia firme alcanzada en un recurso de protección, pues sugiere que de haberse dado la triple identidad en el caso de autos correspondía admitir la excepción de cosa juzgada alegada por una de las partes, para impedir renovar el debate sobre una situación jurídica ya decidida a través de un recurso de protección.

Sin embargo, la tesis anterior no es unánime, puesto que en otra ocasión la misma Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 20 de enero de 1994 (RDJ, t. XCI, secc. 2ª, p. 9), desestimó un recurso argumentando que la causal de casación en la forma denunciada no se producía porque el recurso de protección sólo producía cosa juzgada formal.

La problemática de la cosa juzgada en la acción de protección de garantías constitucionales ha recibido algún tratamiento en nuestra doctrina científica y jurisprudencial, conviviendo hasta la fecha básicamente dos tesis, las que en lo esencial se resumen en las siguientes premisas. En primer lugar, según algunos, para determinar los efectos de cosa juzgada en el recurso de protección se debe atender al resultado favorable o desfavorable de la sentencia. Si el recurrente obtuvo una sentencia favorable se produce cosa juzgada sustancial; por el contrario, si la sentencia desestimó el recurso, la cosa juzgada será formal. En otros términos, se propugna una eficacia de cosa juzgada que en su formulación latina se traduce en el aforismo: *res judicata secundum eventum litis*, esto es, existirá cosa juzgada sustancial sólo si se acoge el recurso. Para otro sector de la doctrina, en cambio, la cosa juzgada que allí se alcanza es sólo formal. Esta última corriente ha sido acogida por varias decenas de sentencias.

Aunque no es el sitio oportuno para ocuparnos del análisis de la primera opinión, a nuestro entender no existen antecedentes concretos para defender la aplicación de la cosa juzgada *secundum eventum litis* en materia de recurso de protección, ya que tal propuesta introduce una discriminación jurídica sin base, que contradice la naturaleza de la acción de protección, el carácter sumarísimo del procedimiento y a la existencia del fenómeno del concurso de acciones.

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada como institución jurídica se vincula a la idea de evitar un pronunciamiento sobre un asunto ya resuelto con anterioridad (*ne bis in idem*). Se trata de un concepto elemental, reconocido desde antiguo por la mayoría de los ordenamientos, el que se ha materializado utilizando distintos métodos. Entre varias definiciones, la cosa juzgada se la concibe, en general, como un estado en que se encuentran algunos asuntos judiciales por haber sido objeto de una decisión jurisdiccional definitiva en un proceso. En esta línea se alude a *res judicata* (derecho anglosajón), *chose jugée* (derecho francés), *rechtskraft* (derecho germánico). Con ello se está haciendo referencia pacíficamente al contenido o resultado final de la decisión jurisdiccional a que fue sometido una relación o situación jurídica.

En otro sentido, la expresión cosa juzgada también apunta a ciertos efectos que producen determinadas relaciones judiciales, principalmente la sentencia definitiva sobre el fondo, en orden a la inimpugnabilidad que en un determinado momento obtienen las decisiones judiciales (según los grados o instancias previstos para ese asunto). Estos efectos, en términos generales, son la obligatoriedad de lo resuelto, su ejecutabilidad, su inmutabilidad y definitividad. En esta línea se define a la cosa juzgada como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ellas medios de impugnación que permitan modificarla.

La actividad de verificación de la existencia de la cosa juzgada en el proceso civil se realiza mediante la confrontación de los distintos elementos componentes de las acciones, denominados también como elementos "de identificación de las acciones", y de cuyo resultado se puede determinar si una acción ya fue juzgada en un acto jurisdiccional anterior. En el caso de la cosa juzgada, esta actividad identificatoria se realiza confrontando entre sí la decisión contenida en una sentencia judicial que ha alcanzado el grado de firme y ejecutoriada (sino el problema sería de litispendencia), con los elementos constitutivos de una nueva acción deducida en un juicio posterior. Si existe la denominada "triple identidad" entre la acción fallada en una sentencia pronunciada en un proceso anterior y una nueva acción —que es deducida en un proceso posterior—, deberá el órgano jurisdiccional abstenerse de resolver la segunda acción, por existir sobre el tema cosa juzgada.

La cosa juzgada como fenómeno jurídico ha tenido varias y hasta contradictorias explicaciones. Se acostumbra a clasificar las diversas tesis básicamente en dos grupos: las doctrinas materiales y las doctrinas procesales. El debate sobre la naturaleza material o procesal de la cosa juzgada se encuentra aún abierto, aunque predominan sobre el particular las tesis procesales. A modo de simple descripción, en la doctrina material se ubican una serie de opiniones que, con mayor o menos énfasis, atribuyen o atribuyen a la cosa juzgada la virtud de crear un nuevo orden sustancial en la relación discutida en el proceso, esto es, lo resuelto por el órgano jurisdiccional produce una modificación de orden material, en el sentido que la sentencia con valor de cosa juzgada crearía una nueva relación jurídica, a la que deben estar las partes del juicio, llegando algunos a proclamar que tal decisión queda amparada por una verdadera ficción o presunción de verdad. Algunas de estas tesis materiales estaban a la par con explicaciones que reducían las instituciones procesales a esquemas contractualistas y cuasicontractualistas del derecho privado, hoy completamente abandonados en el campo del derecho procesal.

Desde el punto de vista legal esta tesis material fue recibida en varios códigos civiles, principalmente por la influencia del Código Civil francés, que incluyó la cosa juzgada dentro de la categoría de las presunciones legales en los artículos 1350 y 1351, el que a su turno tomó la noción de cosa juzgada —como presunción de verdad— de la doctrina elaborada por Pothier, y desde esa base incluirla como una cuestión de raíz probatoria. Nuestro Código Civil, no obstante ser tributario del francés, no siguió al pie de la letra la orientación anterior, sustrayéndose a la idea imperante en las primeras codificaciones decimonónicas, que consideraban que la cosa juzgada era una materia propia de regulación en el Código Civil, dentro de la normativa dedicada de la prueba.

El acierto anterior no tuvo la misma recepción en otros ámbitos, que siguieron las explicaciones materiales de la cosa juzgada ya como una presunción de verdad o como una ficción de verdad. Así, por ejemplo, al discutirse el contenido del artículo 159 de la *Lei sobre Atribuciones y Organización de los Tribunales*, de 1875 (actual 324 inc. 2° COT), se estableció un régimen de excepción por ciertos delitos ministeriales para los magistrados de la Corte Suprema, el cual se fundamentó, entre otras razones, en la idea de la presunción de verdad de la cosa juzgada.

Nuestra doctrina y jurisprudencia no han participado ni se han interesado mayormente por el tema de la naturaleza de la cosa juzgada, predominando la tesis recogida en la literatura jurídica de derecho civil, que por influencia francesa explica todavía la cosa juzgada bajo el prisma de la presunción o ficción de verdad, aunque no deja de ser sintomático que en las obras de esta disciplina en las últimas décadas ya no se ocupen de esta materia.

Como se anticipaba, en la doctrina procesal contemporánea predomina la idea que la cosa juzgada es un fenómeno que no produce ninguna modificación material en el derecho discutido en el proceso, limitándose tan sólo a un efecto puramente procesal, que consistiría en la fuerza vinculante de la declaración contenida en la sentencia. Con las tesis procesales de la cosa juzgada se ha intentado superar las ideas de la mentalidad decimonónica sobre la presunción o ficción de verdad que explicaban la naturaleza de la cosa juzgada, ya que tales delimitaciones no eran del todo exactas, principalmente en el caso de sentencias erróneas o injustas, a las que en rigor no se pueden atribuir, sin cierto grado de perplejidad, los rasgos sacrosantos que caracterizan a las teorías materiales. Las tesis procesales ponen su acento en la inmutabilidad y definitividad de la resolución, prescindiendo de los efectos que la cosa juzgada produce sobre la relación de derecho sustancial en la que recayó el juicio jurisdiccional.

En nuestro derecho se considera a la cosa juzgada como un fenómeno de regulación procesal y vinculada en algún grado a la idea imperante durante la codificación decimonónica, que consideraba este instituto dentro de la prueba. En efecto, el inciso final del artículo 427 (429) del Código de Procedimiento Civil, dentro de la regulación de la prueba de presunciones, establece con términos abstrusos lo siguiente: “igual presunción existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes”.

Dentro de la discusión suscitada en la génesis de tal precepto se generó alguna discrepancia en relación a la naturaleza que se debía atribuir a la cosa juzgada, esto es, si se trataba de una presunción, o por el contrario, de algo diverso, sin que los Comisionados hubieren llegado a un acuerdo, quedando hasta la fecha abierta la interrogante. Según consta de las *Actas de la Comisión Mista de Senadores i Diputados*, en la Sesión 22, de 19 de noviembre de 1901,

al discutirse el antiguo artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, hoy 427, se advierten dos tendencias que intentaron afinar el alcance del inciso segundo ya transcrito. En dicha oportunidad se indicó: “*El señor Vergara cree que debe precisarse lo que se entiende por hechos declarados verdaderos en otro juicio, a que alude el inciso segundo*”. “*El señor Presidente contesta que esta disposición solo puede referirse a hechos que ha declarado verdaderos una sentencia dictada en un juicio sobre materia diversa o entre partes distintas, porque de otra manera no se alegaría la presunción sino la cosa juzgada*”. Más adelante, el otro Comisionado agrega lo siguiente: “*A juicio del señor Ballesteros, este segundo inciso estaría tal vez mejor colocado en la parte del Proyecto que trata de los efectos de la sentencia*”. Tan incipiente disputa jurídica terminó con la siguiente constancia en las Actas: “*Se dejó pendiente este artículo y las indicaciones formuladas*”.

Lamentablemente no existe constancia en la historia de la ley que los Comisionados hayan vuelto nuevamente sobre este tema (cfr. Actas de la *Comisión Mista de Senadores i Diputados encargada de informar los proyectos de códigos de procedimiento civil i criminal*, Sesión 22, de 19 de noviembre de 1901, Santiago: Imprenta Nacional, 1901, pp. 151-152).

LOS EFECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA COSA JUZGADA

La doctrina ha visualizado dos posibles efectos de la cosa juzgada, los que se han denominado como efecto negativo de la cosa juzgada y como efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

El efecto negativo de la cosa juzgada se vincula a la idea de evitar un pronunciamiento sobre un asunto ya juzgado con anterioridad. Se produce la función negativa cuando se promueve un proceso cuyo objeto es idéntico a uno que ya fue resuelto por sentencia firme en un proceso anterior. Cuando concurren los elementos de la función negativa de la cosa juzgada, el órgano jurisdiccional debe evitar una nueva sentencia sobre el fondo, por estar resuelto jurisdiccionalmente el tema que se intenta debatir nuevamente. Por cierto, se debe insistir en el carácter jurisdiccional que debe tener la decisión, ya que los actos administrativos no producen cosa juzgada.

La función negativa de la cosa juzgada tiene una naturaleza excluyente, siendo una proyección de la regla básica del *non bis in idem*. En efecto, cuando se inicia un segundo proceso con un objeto idéntico a la cosa juzgada en un proceso anterior, debe prescindirse del segundo proceso, cuestión que en un proceso civil de corte dispositivo como el nuestro sólo procede en virtud de alegación de la parte interesada –nunca de oficio–, principalmente a través de la interposición de la excepción de cosa juzgada (art. 177 CPC), ello sin perjuicio de otros mecanismos procesales expresamente previstos para alcanzar esta faceta negativa de la cosa juzgada, la que inclusive puede operar después que exista sentencia definitiva que haya fallado nuevamente el asunto ya juzgado (vgr. arts. 310 CPC y 810 N° 4 CPC).

Cualquiera que sea la forma de alegar la función negativa de la cosa juzgada, esta impide –una vez deducida por la parte beneficiada– entrar a conocer sobre el fondo de la nueva acción deducida y que ha sido materia de la sentencia anterior, paralizándose el proceso donde se deduce la nueva acción (si se hace como excepción previa, por ejemplo, vía dilatoria), o inhibirse de resolver en el

fondo, si su pronunciamiento lo debe hacer el juez en la sentencia definitiva. En los casos que haya existido un nuevo fallo sobre el tema debatido, la denuncia de esta faceta negativa provocará la nulidad de la segunda sentencia, por vía del recurso de casación en la forma o de la acción de revisión. Este último aspecto es problemático en materia de recurso de casación, ya que dicho medio de impugnación no procede en contra de las sentencias que resuelven un recurso de protección; en el caso del recurso de revisión, el artículo 810 del CPC establece la improcedencia de esta acción sólo contra las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, conociendo de los recursos de casación o de revisión, con lo que quedaría abierta la posibilidad que un fallo recaído en un recurso de protección sea anulado si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 810 N° 4 CPC).

En materia de recurso de protección se ha reconocido esta dimensión negativa, apreciándola en la sentencia definitiva sobre el fondo y no como una cuestión de previo y especial pronunciamiento que impida seguir con el proceso. Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1985, estableciendo que “no se puede volver sobre el mismo asunto contra lo resuelto en un recurso de protección por medio de otro recurso de protección de la misma índole. Así se infiere de lo dispuesto en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Constitución, que le deja a salvo al afectado –después de ocurrir por la vía del recurso de protección– ‘los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes’, pero no la acción de reiterar su anterior recurso” (RDJ, t. LXXXII, secc. 5°, p. 259). En igual sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 21 de abril de 1981, reconociendo este efecto negativo o excluyente entre una sentencia de protección anterior –firme– y un nuevo recurso de la misma naturaleza (Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 1981, RDJ, t. LXXVIII, secc. 5°, p. 126).

En cambio, se produce la *vinculación positiva o prejudicial de la cosa juzgada* cuando una resolución firme y ejecutoriada debe servir de base a lo que corresponde decidir a los tribunales en procesos ulteriores. Con la función positiva lo que se consigue es vincular a los tribunales, impidiendo que en un nuevo proceso se decida una determinada acción de un modo contrario a como fue fallada con anterioridad otra, en cuanto esa decisión sea prejudicial de otra posterior. En el caso de la función positiva de la cosa juzgada, el vínculo de prejudicialidad entre el objeto procesal antes decidido y el nuevo pronunciamiento que debe realizarse sobre una nueva acción es una relación de tipo lógico jurídico, en la cual la decisión anterior conforma un elemento constitutivo de la segunda acción deducida. A falta de norma especial que solucione expresamente el tema (vgr. arts. 315, 316 y 1246 CC), será el juez el que deba reconocer el valor positivo o prejudicial de la sentencia, conforme a la pauta general del artículo 427 inc. 2° del CPC.

Por ejemplo, si en una sentencia anterior se falló que Pedro era propietario de un bien raíz X, se debe entender que no puede discutirse entre las mismas partes (o a quienes el fallo vincule) tal decisión, debiendo darse por sentada tal conclusión para cualquier litigio futuro que considere ese aspecto ya juzgado. Sólo de esa forma se evitará la multiplicidad de procesos que pretendan bajo la presentación de pequeñas alteraciones en los hechos iniciar nuevos juicios sobre temas que ya fueron parte de una decisión jurisdiccional, evitando que existan contradicciones entre las sentencias judiciales.

En el tema que nos ocupa, la fuerza de este efecto positivo o prejudicial dependerá de si a la sentencia de protección se atribuye un valor de cosa juzgada formal o sustancial. Sólo en este último caso la vinculación futura será plena para las nuevas decisiones que sobre un objeto conexo deba realizar un tribunal. Aunque no podemos extendernos sobre este punto en este lugar, vale la pena considerar que este extremo es de enorme relevancia práctica. No es irrelevante determinar el grado de vinculación que la sentencia firme y ejecutoriada de un recurso de protección puede tener en procesos ulteriores, tanto para el juez como para las partes. Por ejemplo: si una sentencia declara que la actuación de un particular al realizar un determinado acto afecta a la honra y a la vida pública de la persona, dicho fallo ¿podría servir de base para un juicio indemnizatorio posterior? La declaración que se haga en una sentencia de protección sobre la ilegalidad o arbitrariedad de un determinado acto administrativo ¿dará derecho para acreditar de un modo inmutable la falta de servicio que justifique una indemnización?

En muchos casos la sentencia de protección debe discurrir latamente sobre la base de haber constatado perjuicios materiales y la relación de causa y efecto entre la situación del recurrente y la acción u omisión inconstitucional imputada al recurrido. En algunos fallos se han formulado declaraciones que implícitamente llevan a reconocer una eficacia positiva o prejudicial a la sentencia de protección para un juicio posterior, como ocurrió, por ejemplo, con la sentencia que acogiendo un recurso de protección contra el Tesorero General de la República le ordenó pagar una suma de dinero declarando que ello era "sin perjuicio de los derechos que pueda hacer valer el recurrente en lo que se refiere a los reajustes que menciona en su recurso de protección". (CS, 18 de julio de 1985, RDJ, t. LXXXII, secc. 5ª, p. 135).

En otros casos, en cambio, la misma sentencia de protección previene expresamente que su decisión no prejuzga, ello para que el acto de tutela constitucional no implique un pronunciamiento sobre otras acciones repetitivas e indemnizatorias que el interesado decida intentar por las vías correspondientes.

PRINCIPIO: EN EL RECURSO DE PROTECCION SOLO SE PRODUCE COSA JUZGADA FORMAL

Al estudiar la cosa juzgada se suele hacer una distinción que produce no pocas confusiones en el análisis de esta institución, diferenciándose entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal. Cualitativamente la diferencia que existe entre cosa juzgada sustancial y formal es radical, tratándose de fenómenos completamente diversos.

La cosa juzgada material alude al litigio examinado en el juicio y resuelto por una sentencia y que alcanza inmutabilidad y definitividad. Es la certeza absoluta que alcanza una decisión jurisdiccional, sea que haya acogido o rechazado la acción deducida en un juicio. El fundamento de la cosa juzgada material (sustancial) se encuentra en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de los litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, resultando impropio permitir a una parte para que reproduzca nuevamente su acción. Por cierto, se trata de aquellos pronunciamientos judiciales sobre el fondo, que no pueden ser revisados en juicios posteriores. La cosa juzgada material es la decisión jurisdiccional inmutable e irrevisable en un juicio posterior.

En cambio, bajo la expresión cosa juzgada formal, se alude a las decisiones judiciales (también sentencias definitivas e interlocutorias) que son susceptible de una revisión posterior.

Las resoluciones judiciales con valor de cosa juzgada formal aluden a ciertas situaciones de excepción, en las cuales, por razones de justicia o de economía procesal, se permite una revisión en un nuevo juicio de la decisión contenida en una sentencia pronunciada en un juicio anterior. En estos casos, la decisión judicial pronunciada en un determinado proceso, no obstante haber alcanzado el grado de firme (según las posibilidades del art. 174 del CPC) e incluso siendo posible su ejecución o cumplimiento judicial, por razones de política legislativa no adquieren la inmutabilidad (propia de la cosa juzgada material).

En la jurisprudencia explícitamente se ha reconocido a la sentencia de protección un valor de cosa juzgada formal, admitiendo que ella es revisable con posterioridad ante otros órganos competentes, sin que lo decidido como medida de protección adquiera el carácter de inmutable (entre otras, cfr. Corte Suprema, de 26 de junio de 1995, RDJ, t. XCII, secc. 5ª, p. 110; Corte Suprema, de 27 de abril de 1995, RDJ, t. XCII, secc. 5ª, p. 73).

En materia de recurso de protección, entendemos que son varias las razones para proclamar como principio esta eficacia de cosa juzgada formal, las que se pueden sintetizar en los siguientes puntos: a) la naturaleza de la acción de protección; b) el carácter de procedimiento sumarísimo; c) el reconocimiento de un concurso de acciones.

LA NATURALEZA DE LA ACCION DE PROTECCION

La naturaleza de la acción de protección es un aspecto que se debe considerar en el tema de los efectos de la cosa juzgada. En nuestra doctrina, de un modo mayoritario se ha calificado a este instrumento como una *acción cautelar*, para denotar que la sentencia de protección no puede ser considerado como una declaración jurisdiccional del derecho de un modo definitivo, sino que más bien obedece a una medida de carácter cautelar, provisional, a un mero paliativo frente a las amenazas o perturbaciones de las garantías constitucionales tasadas por la Carta Fundamental.

Si lo cautelar de la acción de protección viene dado por la provisionalidad de la sentencia, es lógico que la eficacia de cosa juzgada que se alcance sea sólo formal. Sin embargo, mirado el problema desde el punto de vista del contenido de condena, declarativo o constitutivo que puede alcanzar la sentencia de protección, el tema se hace más difícil de resolver. En efecto, la pretensión de todo recurrente es lograr una sentencia que tutele su derecho a través de alguna de las tres formas clásicas, esto es, la condena, la declaración o la constitución de un nuevo estado jurídico. El objetivo del recurrente no es buscar un fin "cautelar" meramente provisional.

Ahora, este carácter provisional de la cosa juzgada formal, que implica la posibilidad de revertir en un juicio posterior lo decidido en sede de protección, no es tan fácil de explicar en el caso de las sentencias declarativas (o de mera declaración), y las constitutivas. Como se sabe, la tutela jurisdiccional a que tienden las acciones declarativas se encamina exclusivamente a remover un estado de incertidumbre jurídica, y en tal sentido se ve como bastante improbable que se pueda revertir esa situación jurídica en un juicio ordinario posterior, si tal

tutela se obtiene a través de un recurso de protección. Igual cosa ocurre con la creación de un nuevo estado jurídico (vgr. la declaración de nulidad de un acto administrativo), ya que la nueva situación que nace con el acogimiento de la acción de protección generará un estado jurídico que no existía hasta antes de dicho fallo.

EL PROCEDIMIENTO SUMARISIMO

Desde otra perspectiva, otra dificultad que presentaría reconocer eficacia de cosa juzgada sustancial a la sentencia firme de recurso de protección viene dado por la singularidad del procedimiento que regula la tramitación del recurso, el que puede calificarse como sumarísimo. Este procedimiento de origen judicial –por delegación del constituyente– presenta alguno rasgos que invitan a sostener que técnicamente no es acertado atribuir un efecto sustancial a la cosa juzgada que de allí resulta.

En primer lugar, carece de un “contradictorio” adecuado que permita a las partes discutir con mayor o menor amplitud sobre el derecho controvertido, en términos de cerrar el debate para siempre; esta sumariedad en la discusión aumenta el grado de un posible error judicial. Por lo demás, negar eficacia de cosa juzgada sustancial a este tipo de procedimientos no es una novedad, ya que en nuestro sistema jurídico, siguiendo con una tradición de los cuerpos históricos del derecho castellano, ha sido común privar a la sentencia recaída en los procesos sumarísimos de la cosa juzgada sustancial (vgr. interdictos posesorios).

En relación a este punto, se debe criticar una línea jurisprudencial que también se contiene en el fallo que motiva estas notas, y que niega la existencia de un juicio en el procedimiento para conocer de la acción recurso de protección. No compartimos la afirmación, ya que ello podría llevar al extremo de convertir dicha instancia procesal en un asunto de jurisdicción voluntaria. Si el procedimiento de protección no fuese un juicio, la primera consecuencia que allí se produce es la imposibilidad que se produzca algún tipo de cosa juzgada, ya que dicho atributo es propio y exclusivo de la función jurisdiccional contenciosa. En efecto, los actos de jurisdicción voluntaria no pueden alcanzar tal atributo, ya que no se traba una relación procesal que permita luego verificar la triple identidad de la excepción de cosa juzgada, además que lo resuelto en sede no contenciosa es esencialmente revocable, ya en el mismo procedimiento o través de acciones ordinarias.

La opinión que criticamos olvida que desde la Escuela de Bolonia en adelante existe un juicio cada vez que estemos en presencia de tres elementos: las partes, el juez y el conflicto, condiciones todas que se dan evidentemente en esta acción constitucional. Siempre existirá un juez llamado a conocer de las amenazas, perturbaciones o privaciones de algunas de las garantías constitucionales amparadas con esta acción, denunciadas por el sujeto agraviado o por cualquiera a su nombre (Art. 20 CPE). El *ius dicere* es de la esencia en los tribunales que conocen en ambas instancias del recurso de protección para la solución de un conflicto intersubjetivo de relevancia constitucional.

El único elemento que escapa al molde del proceso tradicional se puede dar en la hipótesis que el recurso de protección se deduzca contra un sujeto indeterminado, esto es, sin precisar de un modo concreto quién es el sujeto pasivo de la

agresión o amenaza, hipótesis en la cual “para entrar al conocimiento del recurso o para mejor acierto del fallo, la Corte Suprema podrá solicitar de cualquier autoridad o de las personas antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto” (N° 8 AA). En doctrina a esta peculiaridad se le ha denominado como la “unilateralidad”, para denotar que el recurso de protección existe para restablecer el imperio del derecho del agraviado, para lo cual no requiere la existencia de contraparte, ya que ninguna prestación se pide en contra de nadie.

En tal caso, en nuestra opinión, al no existir una contraparte no se producirá el efecto de cosa juzgada, ya que en rigor no existe un sujeto pasivo que quede vinculado con el fallo pronunciado; de igual forma, esta ausencia de contradictor cierto impedirá determinar la identidad subjetiva, que es de la esencia de la excepción de cosa juzgada.

EL CONCURSO DE ACCIONES

Contra lo sostenido por otros autores, que ven en la expresión del artículo 20 de la Carta Fundamental, “sin perjuicio...”, la base de la cosa juzgada en materia de recurso de protección, entendemos que allí sólo se reconoce la posibilidad que exista un concurso de acciones. Esta realidad jurídica tiene varias consecuencias prácticas en materia de los efectos de cosa juzgada, ya que el concurso de acciones que se da en esta materia es bastante peculiar.

En su descripción jurídica, el fenómeno del concurso de acciones se produce cuando el ordenamiento jurídico reconoce varias acciones para conseguir una misma y única tutela jurídica o una tutela jurídica que excluye a otras. En el concurso de acciones siempre se está frente a una pluralidad de acciones, esto es, cada una de ellas difiere de las otras por sus componentes objetivos (causa de pedir y/o *petitum*). En el terreno de los principios, la relación que media entre estas varias acciones, que siendo diversas, sólo pueden ser satisfechas sólo una sola vez para todas.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido este fenómeno jurídico, tal como lo expresa la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de abril de 1986, al señalar “que un mismo hecho, acto jurídico, convención o contrato puede dar lugar a más de una acción, las que tienen vida independiente una de la otra” (RDJ, t. LXXXIII, secc. 1ª, p. 35). Ahora, en el caso del recurso de protección, la novedad que presenta nuestro sistema, en relación al concurso de acciones, viene dado por la existencia de esta acción de naturaleza constitucional, que puede actuar en la tutela de ciertas garantías fundamentales, sin que excluya el ejercicio de otras acciones que pueden tutelar el mismo derecho. El ejercicio de esta acción constitucional no puede obstar a que se ejercite sobre el mismo tema otra acción concurrente.

Así por ejemplo, es perfectamente posible que se deduzca el recurso de protección para proteger el derecho de dominio y que conjuntamente con ello se esté tramitando alguna acción reivindicatoria que tenga el mismo objeto. La diferencia entre tales acciones está en los efectos que produce la sentencia que la resuelve. Si se dicta una sentencia en un recurso de protección, lo allí decidido puede ser dejado sin efecto al resolverse una acción ordinaria que produzca cosa juzgada sustancial (vgr. la reivindicatoria, la declarativa del dominio); en cambio, en la situación inversa, el efecto de cosa juzgada producido en un juicio de

lato conocimiento debe llevar a que no se pueda fallar el recurso de protección, ya que existe una decisión sobre el tema, que extingue la acción de protección.

En efecto, si ha sido fallada una de las acciones concurrentes que alcance eficacia de cosa juzgada sustancial, tal decisión no se puede alterar a través de un recurso de protección, tal como lo ha fallado la Corte Suprema en sentencia de 26 de marzo de 1987 (RDJ, t. LXXXIV, secc. 5ª, p. 40). En igual situación se encuentran los fallos de protección frente a otros recursos de protección, tal como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 21 de abril de 1981, en la cual se acogió la excepción de cosa juzgada que producía una sentencia anterior frente a un nuevo recurso sobre la misma materia, declarando que "... la cosa juzgada como un efecto vinculante para los futuros jueces, derivado de una sentencia que se ha hecho indiscutible e inmutable, no existen razones valederas para privar de tal efecto procesal a los fallos dictados en recursos de protección como el presente" (Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 1981, RDJ, t. LXXVIII, secc. 5ª, p. 126).

Sin embargo, el planteamiento anterior no siempre ha sido aceptado, llegando alguna sentencia al extremo de acoger la excepción de litispendencia, la que impediría fallar un recurso de protección si los mismos hechos se encuentran bajo el imperio de otro tribunal. En esta línea se pronunció la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia de 25 de enero de 1982, rechazando un recurso de protección porque la situación controvertida estaba sometida al imperio del derecho "y en esta situación no puede acogerse el recurso de protección que incide en los mismos hechos que está conociendo el Juzgado de Letras de San Fernando" (RDJ, t. LXXIX, secc. 5ª, p. 51). Esta tesis es incorrecta, ya que olvida que es un elemento de la esencia de las acciones en concurso su diferencia, esto es, no se trata de una misma y única acción, de modo tal que aunque se encuentre pendiente de decisión otra acción sobre los mismos hechos no puede concurrir la triple identidad, resultando improcedente, por lo mismo, acoger la excepción de litispendencia, que es un instrumento para evitar sentencias contradictorias entre acciones idénticas (se trata de una única acción).

La existencia de un concurso de acciones explica, por ejemplo, que el perdedor en un recurso de protección relativo al derecho de dominio pueda revertir esa sentencia adversa mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria que le reconozca su derecho en un proceso ulterior, ya que la sentencia de protección sólo alcanzó eficacia de cosa juzgada formal. La anterior afirmación permite criticar alguna jurisprudencia que ha tratado de matizar que la protección constitucional del derecho de dominio a través de la acción que nos ocupa *no declara derechos*, pero en rigor ello no es así, y lo que verdaderamente ocurre es que la sentencia que se dicta amparando el derecho de dominio no produce cosa juzgada sustancial.

Lamentablemente, en este tema la jurisprudencia no ha tenido un criterio uniforme al interpretar la expresión del art. 20 de la CPE, "sin perjuicio de los demás que pueda hacer valer...", fijando algunas sentencias pautas que demuestran un desconocimiento de la realidad jurídica del concurso de acciones. Apuntan en la dirección incorrecta todos aquellos fallos que declaran improcedente o inadmisibles un recurso de protección porque los recurrentes habían interpuesto con anterioridad otras acciones ante otro tribunal, o bien porque existirían otras acciones u otros procesos especiales para conocer del tema, etc.

Aunque existan otras acciones pendientes o que se puedan iniciar no se puede rechazar la acción de protección por tales circunstancias, ya que siempre se tratará de acciones diversas en relación de concurso. Sólo si se ha resuelto una acción de lato conocimiento en cuanto al fondo deberá el tribunal de garantías constitucionales abstenerse de resolver la protección, ya que la decisión allí obtenida ha resuelto el problema jurídico de estas acciones en concurso.