

Jesús Ezurmendia Álvarez
DIRECTOR

PRINCIPIOS DE JUSTICIA CIVIL

PRÓLOGO
John Sorabji



Desde finales del siglo XX ha existido relativo consenso en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos respecto a que la justicia civil se encuentra en un profundo estado de crisis. Ello ha obligado a la comunidad jurídica integrada por académicos, jueces y juezas, abogados y abogadas litigantes y operadores del sistema a replantearse el diseño, estructura y práctica del proceso referido a la reivindicación judicial de intereses de orden civil.

El primer paso ha sido intentar cambiar el foco desde un proceso civil, de suyo centrado en códigos y leyes procesales que apuntan a la regulación de procedimientos, trámites, actuaciones y recursos, por un concepto panóptico y holístico de *justicia civil*, en el que se consideran ángulos y prismas más amplios y transversales, que van desde el diseño orgánico hasta el sustento ideológico detrás de las normas procesales. En ese sentido, la necesidad de establecer una visión tridimensional de la justicia se ha erigido como respuesta común en todos los ordenes jurisdiccionales, en los que la búsqueda de la solución correcta debe congeniarse con dimensiones asociadas al tiempo y al costo incurrido.

Esta obra se propone, con las limitaciones propias de nuestros tiempos y circunstancias, constituir un aporte a esas reflexiones sobre la construcción de un sistema de justicia civil moderno, que pueda dar cabida a las necesidades de los justiciables respecto de una serie amplia y diversa de intereses jurídicos cuyo conocimiento esta entregado a los tribunales con competencia civil.

En esa liza, se ha ensayado un catálogo de artículos sobre los temas que mayor interés despierta la mencionada tarea de repensar el proceso civil, abarcando desde cuestiones orgánicas estructurales hasta los mecanismos en que la justicia civil cierra el sistema mediante las reglas de definitividad, pasando por críticas económicas y filosóficas al sistema de justicia civil, a su construcción material y teórica, así como un reflejo de un estatuto sustantivo patriarcal y privatista, propio del ideario político, económico y social liberal de siglos pasados.

En la obra el lector podrá encontrar problemas pocas veces mencionados en la literatura, pero que hoy suponen un andamio insoslayable en la arquitectura del análisis de la justicia civil, tales como el problema de los costos, el acceso, la asistencia jurídica, el rol de la profesión letrada, los mecanismos alternativos de resolución y las facultades y poderes del juez en la conducción del procedimiento. Para ello, se ha contado con la colaboración de un distinguido número de profesores y profesoras que gentilmente han querido colaborar en estas reflexiones, así como noveles estudiantes que han terminado sus estudios de derecho escribiendo sobre materias hasta hace poco desconocidas en los syllabus de pregrado.



Jesús Ezurmendia Álvarez
DIRECTOR

PRINCIPIOS DE JUSTICIA CIVIL

PRÓLOGO
John Sorabji

Barcelona
2022


BOSCH EDITOR

© ENERO 2022 JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ

© ENERO 2022



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-14-0

ISBN digital: 978-84-19045-15-7

D.L.: B 605-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

ÍNDICE

FOREWORD. John Sorabji.....	21
PRÓLOGO. John Sorabji	25
AGRADECIMIENTOS	29
PRESENTACIÓN. Jesús Ezurmendia A.	31
CAPÍTULO 1. Jesús Ezurmendia Álvarez	
DISEÑO INSTITUCIONAL Y MODELO DE JUSTICIA CIVIL SIMBIOSIS OR- GÁNICA Y FUNCIONAL.....	35
1. Introducción.....	35
2. Un preámbulo orgánico indispensable.....	36
3. Modelos de sistemas de Justicia Civil.....	42
3.1. Naturaleza del proceso civil, servicio público o bien privado disponible por las partes.....	43
3.1.1. Proceso civil de lo privado a lo público	47
3.1.2. Consecuencias de un proceso civil con enfoque público.....	48
3.1.2.1. Efecto horizontal de los derechos y ga- rantías.....	48
3.1.2.2. Reformas en aras de costos, tiempo y molestia	53

4.	Reflexiones finales	68
5.	Bibliografía citada	69

CAPÍTULO 2. María de los Ángeles González Coulon, Paula Nuño Balmaceda

DE LA IDEA DE PADRE A LA DE PARTE: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA DESDE LOS FEMINISMOS JURÍDICOS AL PROCESO CIVIL COMO ADJUDICACIÓN MASCULINA.....

77

1.	Introducción.....	78
2.	Falacias de la Justicia Civil: la pretendida neutralidad y objetividad del proceso civil y la supuesta simetría entre las partes	79
2.1.	La justicia civil está permeada por el derecho civil	84
2.2.	La justicia civil no sólo resuelve conflictos netamente patrimoniales	88
3.	Perspectiva de género para transformar la justicia civil.....	93
4.	Conclusiones	100
5.	Bibliografía citada	102

CAPÍTULO 3. Jonatan Valenzuela Saldías

EL CAPITAL Y LA JUSTICIA CIVIL: NOTAS SOBRE LA EXISTENCIA DE INVERSIONES DE CAPITAL EN LOS LITIGIOS CIVILES EN CHILE

105

1.	El cometido de la justicia civil.....	105
2.	La reforma a la justicia civil.....	107
3.	La justicia arbitral y el aparente problema del «costo» versus «beneficios»	110
4.	Las inversiones	113
5.	A modo de conclusión	119
6.	Bibliografía citada	120

CAPÍTULO 4. Diego Gaete Osorio

FACULTADES DE OFICIO DEL JUEZ: UNA ALTERNATIVA PARA SUPERAR LOS TIEMPOS DE CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL	123
1. Introducción.....	123
2. Liberalismo y proceso civil	126
2.1. El ideal rector del proceso civil tradicional	127
2.2. Proceso como resolución de conflictos	130
2.3. Expansión del proceso liberal	131
3. Cambio de paradigmas y necesidad de una alternativa	137
4. Facultades de oficio del juez como respuesta	147
4.1. Delimitación conceptual del principio dispositivo	147
4.2. Actuación de oficio del juez como herramienta compatible con el principio dispositivo	151
5. Consideraciones finales	159
6. Bibliografía citada	164

CAPÍTULO 5. Ramón García Odgers

EL <i>CASE MANAGEMENT</i> EN LAS REGLAS EUROPEAS DE PROCEDIMIENTO CIVIL ELI/UNIDROIT EN CONTRASTE TEÓRICO CON EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. ¿OBSOLENCIA ANTICIPADA?	169
1. Introducción.....	170
2. Los Principios y Reglas de Procedimiento Civil Transnacional ALI/UNIDROIT	175
2.1. Antecedentes	175
2.2. El <i>case management</i> en los Principios ALI/UNIDROIT	177
2.2.1. Responsabilidad y fines del <i>case management</i> ..	177
2.2.2. Herramientas de <i>case management</i> en los Principios ALI/UNIDROIT	178

2.2.3. Cooperación, Flexibilidad y Proporcionalidad en los Principios y Reglas ALI/UNIDROIT.....	180
3. Las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT de procedimiento civil.....	184
3.1. Antecedentes.....	184
3.2. El <i>case management</i> en las Reglas europeas de procedimiento civil ELI/UNIDROIT.....	187
3.2.1. Responsabilidad y finalidades del <i>case management</i>	187
3.2.2. Herramientas de <i>case management</i> en las Reglas europeas ELI/UNIDROIT.....	195
3.2.3. Cooperación, Flexibilidad y Proporcionalidad en las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT.....	197
4. Un contraste entre las Reglas ELI/UNIDROIT con las normas del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil.....	203
4.1. <i>¿Case management</i> en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil? No, Dirección judicial del Proceso.....	204
4.2. Cooperación, Proporcionalidad y Flexibilidad en el PNCP.....	208
4.3. Esbozando algunas propuestas para cerrar la brecha...	214
5. Conclusiones.....	216
6. Bibliografía citada.....	217

CAPÍTULO 6. Andrés Peña Adasme

UNA APROXIMACIÓN A LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ...	225
1. Introducción.....	226
2. ¿Qué debemos entender por flexibilidad del procedimiento civil? Concepto funcional y estructural de flexibilidad.....	227
3. ¿Por qué razones es necesaria la flexibilidad?.....	231
3.1. La instrumentalidad del Derecho procesal.....	231

3.1.1. Diversos planos de la instrumentalidad	233
3.1.2. Implicaciones de la instrumentalidad	233
3.1.3. El doble sentido de la instrumentalidad	234
3.1.3.1. El sentido negativo de la instrumenta- lidad: no sobrevalorarás.....	234
3.1.3.2. El sentido positivo de la instrumenta- lidad: eficacia o efectividad	237
3.1.3.2.a. La eficiencia de la justicia civil.	238
3.1.3.2.a.1. Eficiencia como concepto y eficiencia como valor o impera- tivo.....	238
3.1.3.2.a.2. La eficiencia de la justicia civil.....	239
3.1.3.2.a.3. La eficiencia de la justicia civil como fundamento de la fle- xibilidad.....	239
4. ¿Cómo se confiere flexibilidad al procedimiento civil?.....	241
4.1. La vaguedad (del lenguaje) del Derecho	242
4.2. La textura abierta (del lenguaje) del Derecho	244
4.3. Conceptos jurídicos indeterminados de carácter nor- mativo	245
4.4. Los principios jurídicos	246
4.5. Las normas alternativas	250
4.6. Límite a la flexibilidad de las normas procesales.....	251
4.7. La regulación antiformalista de la invalidez procesal ..	252
4.8. Las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento.....	255
4.9. Los acuerdos procesales	256
5. Algunas conclusiones	257
6. Bibliografía citada.....	259

CAPÍTULO 7. Roberto Ramírez Barril

<i>IURA NOVIT CURIA</i> DESDE UNA PERSPECTIVA PUBLICISTA.....	269
1. Introducción.....	270
2. Qué es <i>Iura novit curia</i>	271
2.1. Elementos históricos	271
2.2. El lugar del <i>iura novit curia</i> en el sistema procesal.....	272
2.2.1. <i>Iura novit curia</i> en sentido amplio.....	273
2.2.2. <i>Iura novit curia</i> en sentido estricto.....	273
2.2.3. <i>Da mihi factum, dabo tibi ius</i> o aplicación judicial del Derecho	274
2.3. Naturaleza de <i>iura novit curia</i>	277
3. Discusión sobre la aplicación judicial del derecho	282
3.1. Posiciones y posicionados	282
3.2. Anatomía de la pretensión.....	286
3.2.1. Pretensión.....	286
3.2.2. Elemento subjetivo	287
3.2.3. Elemento objetivo	288
3.2.3.1. Petición o <i>petitum</i>	288
3.2.3.2. Causa, causa de pedir o <i>causa petendi</i> .	288
3.2.3.2.a. Fundamentos de hecho.....	290
3.2.3.2.b. Fundamentos de Derecho o imputación jurídica	292
3.2.3.2.b.1. Normas jurídicas	292
3.2.3.2.b.2. Argumentaciones jurídicas.	294
3.2.3.2.b.3. Calificaciones jurídicas	294
4. Reflexión personal: instituciones que fundan o limitan la aplicación judicial del derecho.....	298
4.1. Los fines del proceso.....	299
4.2. Aplicación judicial del Derecho y el sistema de justicia.	301

4.3. Debido proceso	305
4.3.1. Derecho a un juez imparcial.....	307
4.3.2. Derecho a la defensa	310
4.3.2.1. Derecho a la contradicción	312
4.3.2.2. Derecho a una sentencia motivada.....	314
5. Conclusiones.....	318
6. Bibliografía citada.....	320

CAPÍTULO 8. Raúl Montero López

DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y TASAS JUDICIALES, LA JUSTICIA NO ES GRATUITA	327
1. Las tasas judiciales en el derecho español	332
2. Las tasas judiciales en el contexto europeo y latinoamericano	339
3. Tasas judiciales en Chile.....	344
4. Derecho a la tutela judicial.....	347
5. Tasas judiciales y tutela judicial.....	355
6. Conclusiones.....	375
7. Bibliografía citada.....	376

CAPÍTULO 9. Felipe Rayo Cortés

LOS RECURSOS PROCESALES EN LA NUEVA JUSTICIA CIVIL CHILENA..	383
1. Racionalización del esquema de revisión de sentencias judiciales	384
1.1. Introducción	384
1.2. Bases para una propuesta: corte de revisión, doble conforme y principio de deferencia.....	387
2. Rol de la corte suprema: el desarrollo del precedente a través de la selección de casos jurisprudencialmente relevantes	392
2.1. Introducción	392

2.2.	El precedente.....	395
2.2.1.	Origen y contexto de las diferencias en el <i>civil law</i> y en el <i>common law</i>	395
2.2.2.	Naturaleza y magnitud de las diferencias en la actualidad.....	398
2.3.	La casación como problema	400
2.3.1.	La casación chilena y la preocupación del legislador por alcanzar la uniformidad de la jurisprudencia	400
2.3.2.	El recurso de casación habilita a la Corte Suprema a convertirse de facto en un tribunal de tercera instancia	403
2.4.	Filtros de acceso y relevancia pública del caso.....	408
2.5.	Propuesta: corte de precedentes y filtro de relevancia jurisprudencial.....	412
3.	Bibliografía citada.....	415

CAPÍTULO 10. Leonardo Cofré Pérez

	EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN. APORTES PARA EL DEBATE CONSTITUYENTE	421
1.	Introducción.....	421
2.	El derecho a la asistencia jurídica en la constitución de 1980	426
3.	La asistencia jurídica y el sistema de justicia civil.....	432
4.	Aspectos a considerar para la discusión de la asistencia jurídica en la convención constitucional	437
5.	Aspectos específicos a discutir respecto del derecho a la asistencia jurídica en materia civil.....	439
6.	Conclusiones.....	441
7.	Bibliografía citada.....	443

CAPÍTULO 11. Montserrat Castro Matus

<i>THIRD PARTY FUNDING</i> : CONCEPTO Y VIABILIDAD EN CHILE	449
1. Introducción.....	449
2. Concepto de <i>Third Party Funding</i>	454
2.1. <i>Third Party Funders</i> o Fondos de litigación.....	455
2.2. Antecedentes y fuente material del <i>Third Party Funding</i>	22
2.2.1. Antecedentes del crecimiento de la industria de <i>Third Party Funding</i>	457
2.2.2. Fuente material del <i>Third Party Funding</i>	460
3. Naturaleza jurídica del contrato de <i>Third Party Funding</i>	467
3.1. Comparación entre <i>Third Party Funding</i> y otros medios de financiamiento de litigios	468
3.1.1. Honorarios legales sujetos al éxito	469
3.1.2. Seguros	471
3.1.3. Cesión de derechos litigiosos.....	473
3.1.4. Préstamos	475
3.2. Acuerdo de <i>Third Party Funding</i> como contrato particular.....	475
4. Efectos del <i>Third Party Funding</i>	480
4.1. Beneficios	480
4.1.1. Acceso a la justicia.....	480
4.1.2. Asesoría y experiencia del <i>Third Party Funder</i> ..	482
4.1.3. Disuasión	483
4.2. Riesgos y problemáticas.....	483
4.2.1. Litigación frívola y sin mérito	483
4.2.2. Sobrecarga del sistema judicial	485
4.2.3. Conflictos de interés	486
4.2.4. Otros riesgos y posibles soluciones	487

5.	Experiencia comparada.....	488
6.	<i>Third Party Funding</i> en Chile.....	492
7.	Conclusiones.....	494
8.	Bibliografía citada.....	495

CAPÍTULO 12. Sebastián Nicolás Campos Micin

	CONTROL JUDICIAL PREVENTIVO DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y ACCIONES DE CESACIÓN. UNA PROPUESTA PARA EL DERECHO CHILENO.....	503
--	---	-----

1.	Introducción.....	503
2.	Control general del contenido de cláusulas no negociadas en el ordenamiento jurídico chileno. Bases para un control judicial preventivo.....	506
3.	Las acciones de cesación como mecanismos de tutela preventiva.....	509
4.	Atisbos de control judicial preventivo en la jurisprudencia nacional.....	516
5.	Reflexiones finales y algunas consideraciones dogmáticas en relación con el control judicial preventivo.....	518
6.	Bibliografía citada.....	521

CAPÍTULO 13. Elina Mereminskaya

	ARBITRAJE EN LA PROPUESTA DE APEC: ODR Y SU POTENCIAL EN EL CONTEXTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL.....	527
--	--	-----

1.	Introducción.....	527
2.	ODR y AI.....	529
3.	Negociación directa.....	530
4.	Mediación.....	531
5.	Arbitraje.....	533

6.	Palabras finales	536
7.	Bibliografía citada	537

CAPÍTULO 14. Soledad Lagos Ochoa

	REFLEXIONES ACERCA DE LA RESISTENCIA A INCORPORAR LA MEDIACIÓN, COMO MECANISMO ADECUADO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, QUE FORME PARTE DEL CONCEPTO JUSTICIA CIVIL	541
1.	Introducción	542
2.	Noción de controversia versus conflicto	544
3.	Comprensión de los principios que inspiran los mecanismos colaborativos, y sus diferencias con aquellos vinculados a la lógica contradictoria	546
4.	Comprensión del juicio y del arbitraje como procesos, a diferencia de la mediación, que erradamente se visualiza como una decisión voluntaria que se concreta en una sesión convocada al efecto	552
5.	Reducida visualización pública del resultado de los procesos de mediación	554
6.	Incorporación en el abordaje de la mediación de aspectos emocionales propios de los conflictos	555
6.1.	Profundización de la asimetría en las relaciones comerciales, que se evidencia más aun cuando se deben resolver conflictos	561
6.2.	Imposibilidad de resolución temprana de los conflictos en el desarrollo de los negocios, y abordajes preventivos de los mismos desde la vereda del Derecho...	562
6.3.	Formación de los abogados en el ámbito civil y comercial vinculada principalmente a la lógica confrontacional	564
7.	Conclusiones	565
8.	Bibliografía citada	566

CAPÍTULO 15. Javier Maturana Baeza

LA COSA JUZGADA ENTRE LO PENAL Y LO CIVIL ¿VINCULAR O NO VINCULAR? Un breve viaje de ida y de vuelta a través de diferentes sistemas jurídicos	569
1. Introducción.....	570
2. Los principios y valores fundantes de la institución de la cosa juzgada	573
2.1. La seguridad jurídica, la estabilidad y la paz social	573
2.2. La coherencia y la protección de la confianza y reputación del sistema de justicia mediante la evitación de fallos contradictorios	577
2.3. Economía procesal y preservación de los escasos recursos del sistema judicial.....	580
3. La cosa juzgada entre lo penal y civil a través de una mirada comparada	583
3.1. Inglaterra y Gales: La sentencia penal condenatoria como la base de una presunción refutable.....	584
3.1.1. El principio de finalidad y las reglas de <i>res judicata</i> en el Derecho inglés.....	584
3.1.2. La inexistencia de un efecto vinculante y/o de <i>issue estoppel</i> de las sentencias penales sobre los juicios civiles.....	585
3.1.3. Las reglas probatorias de la CEA 1968	587
3.1.4. Las razones que justifican el establecimiento de una presunción refutable en lugar de un efecto vinculante o conclusivo	590
3.1.5. Las distintas reglas que rigen a las absoluciones penales	593
3.1.6. El abuso de proceso como herramienta procesal para prevenir ataques colaterales injustificados.	594

3.2.	España: La sentencia penal como un efecto vinculante de cosa juzgada para los juicios civiles posteriores en casos de declaraciones de certeza positiva y negativa ..	598
3.2.1.	La cosa juzgada y el efecto vinculante de las sentencias penales respecto de los juicios civiles en virtud del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	598
3.2.2.	La aplicación del efecto vinculante de cosa juzgada a las sentencias penales con declaraciones de certeza negativa y positiva respecto a los hechos	600
3.2.3.	El derecho de defensa como limitación al efecto vinculante de cosa juzgada	604
3.3.	Estados Unidos de América: La sentencia penal condenatoria como un supuesto de <i>issue preclusion</i> para los juicios civiles posteriores	606
3.3.1.	La <i>res judicata</i> y sus efectos de <i>claim preclusion</i> e <i>issue preclusion</i>	606
3.3.2.	El efecto de <i>issue preclusion</i> de las sentencias penales sobre los juicios civiles subsecuentes	608
3.3.3.	Las limitaciones del <i>issue preclusion</i> de las sentencias penales a los juicios civiles en vista de sus requisitos de aplicación	610
4.	Conclusiones.....	614
5.	Bibliografía citada.....	619

FOREWORD

John Sorabji, UCL

Doctor en Derecho (Oxford) Profesor de Justicia Civil en
University College of London, Reino Unido

Civil litigation is often described as being in a state of crisis. Excess complexity. Excess cost. And excess delay. Each one is too often seen as undermining the effectiveness and accessibility of our civil justice systems. It makes little to no difference whether the system is a common law one or civilian one. The problems are the same, even if they manifest themselves in different ways.

The question remains how to cure them. Many methods have been tried. In the 20th century the three waves of the access to justice movement tried to resolve the problems. That they remain tells its own story. In the common law world a more recent answer has been to reform the rules of civil procedure. Again, complexity, cost and delays continued existence gives the lie to any claim that those reforms succeeded. Today these problems are brought into ever sharper relief when civil litigation is compared with the simplicity, speed, and low-cost forms of online dispute resolution offered by private corporations.

If eBay can successfully resolve millions of low value claims each year, why is it that our civil justice systems cannot? Why not outsource

civil justice to eBay? Or why not adopt its online dispute resolution model in our civil justice systems? Perhaps the cure for the ongoing crisis of civil justice requires us to be bold, to be more radical than past reformers have been and use or adopt private sector models? It is too soon to know what the answer to these questions is likely to be. They are just some of the questions of contemporary civil justice. Questions that require us all to think carefully as we approach present and future reform of our civil justice systems. How we answer them will, inevitably, have a profound effect upon the nature of civil society for the foreseeable future.

Outsourcing civil justice to the private sector may well prove to be a way to secure the cost-effective and efficient delivery of dispute resolution, but it may also further embed the unfortunate trend in some jurisdictions that view civil courts to form a consumer service rather than a part of the judicial branch of government or the State. Is that a price worth paying? The better answer may well be to borrow from the eBay model as is apparent in a number of countries. Here we could see ideas developed by Hodges, to the effect that we need to recalibrate our civil justice systems so that they provide different pathways to justice, form the model for reform. Building on the possibility that digitisation provides to formally integrate ADR and ODR into an expanded civil justice system, we could see the development of approaches analogous to that seen in British Columbia, Canada's Civil Resolution Tribunal. Similar to that approach, but going beyond it.

We may see, for instance, civil justice systems evolve to provide single point of entry digital portals where individuals can obtain advice to help them diagnose their complaint, find and access appropriate means of pre-issue dispute resolution services, and-if that does not succeed in resolving their dispute-take them then through to issue and pre-trial dispute management. Such a system could-again going wider in scope than the Civil Resolution Tribunal-provide access to a broad variety of online and alternative forms of dispute resolution: pre-trial management having as its objective managing to resolution rather than to managing to adjudication. Only if resolution is not achieved during this phase of

the process would claims move to adjudication before a judge. Such a reform may result in the theoretical divide between adjudication and ADR finally being resolved: no more a binary set of options but a single, unified and integrated approach to dispute resolution. It may also help to increase preventive dispute resolution through enabling Ombudsman schemes gain a wealth of information from courts, as well as other dispute resolution providers, on where systemic problems are causing disputes to arise. Through integrating all these bodies through a single digital portal effective feedback loops to Ombudsman could enable them to carry out their system review and reform functions more effectively than at present. Our civil justice systems could thus encompass: preventive, consensual and adjudicative justice. A truly holistic approach, to borrow from Hodges.

There are, of course, other possibilities. Underpinning all of them, however, will necessarily be the digitisation. No area of our systems will be untouched by it. When considering all aspects of contemporary civil justice, whether the macro issues highlighted here, or specific issues, such as how we are to provide effective notice of disputes, how examination of witnesses may be carried out, or how we may enforce settlements and judgments more effectively, digitisation will have a significant impact. It will, of course, be important to ensure that we harness digitisation consistently with principle. But that caveat aside, we live in exciting times; and perhaps, they will produce an answer to the problems of complexity, cost and delay. This important and stimulating book by Jesus Ezurmendia will, I am sure, help guide you through the issues.

12 August 2021

PRÓLOGO

John Sorabji

Doctor en Derecho (Oxford) Profesor de Justicia Civil en
University College of London, Reino Unido

La litigación civil suele ser descrita en un estado de constante crisis. Una complejidad excesiva, un costo excesivo, una demora excesiva. Cada una de estas tres hebras es usualmente vista como un factor que va socavando la efectividad y accesibilidad de nuestros sistemas de justicia civil. Asimismo, no existe gran diferencia si el sistema jurídico corresponde a la tradición del derecho del *common law* o a la de *civil law*. Los problemas, aunque puedan manifestarse de forma diferente, son siempre los mismos.

La pregunta que queda pendiente es como solucionar esos problemas. Muchos métodos lo han intentado. Durante el siglo XX tres olas del movimiento por el acceso a la justicia trataron de resolverlos, que dichos problemas aun persistan cuanta la historia de dichos intentos. En el mundo del *common law* una respuesta más reciente ha sido reformar las reglas del proceso civil. Nuevamente la insoslayable existencia de complejidad, costo y demora han impedido que pueda declararse como exitosa alguna de esas reformas. Hoy en día, estos problemas quedan aún más expuestos cuando se compara la litigación civil con la simplicidad, rapidez y bajo costo de algunas formas de resolución de disputas llevadas a cabo on-line (ODR) ofrecidas y patrocinadas por corporaciones privadas.

Si *eBay* puede resolver satisfactoriamente millones de demandas de baja cuantía cada año, ¿Por qué es que nuestro sistema justicia civil no puede? o, incluso ¿Por qué no adoptar este modelo de resolución de disputas online como sistema propio de nuestra justicia civil? Tal vez la solución para la crisis en actual desarrollo requiera que seamos valientes, más radicales que los reformadores anteriores, y decidir adoptar los modelos que han utilizado estas corporaciones del sector privado. Parece aún demasiado pronto para saber cuál es la respuesta para esta pregunta. Además, estas son solo algunas de las preguntas que plantea la justicia civil contemporánea. Preguntas que requieren que todos pensemos detenida y cuidadosamente sus respuestas, según nos acercamos a la posibilidad de reformas actuales y futuras a nuestros sistemas de justicia civil. Como respondamos esas preguntas tendrá, inevitablemente, un profundo efecto en el tipo de sociedad civil en un futuro próximo.

Sustraer a la justicia civil desde la idea de un servicio público estatal hacia el sector privado con el objetivo de mejorar la relación costo-efectividad y eficiencia en la entrega de respuesta oportuna a la resolución de disputas para una idea atractiva, pero puede, asimismo, acrecentar la desafortunada tendencia de algunos países que han llegado a ver la justicia civil como una forma de «servicio al consumidor» en vez de una de las ramas de uno de los poderes del Estado. ¿Es un precio que merece ser pagado? La mejor respuesta podría tomarse de la experiencia de *eBay*, como han hecho ya algunos países. Aquí podemos ver la idea desarrollada por Hodges, que señala que debemos recalibrar nuestros sistemas de justicia civil de forma tal que pueda proveer diversos caminos a la justicia como esquema de un modelo de reforma. Así, se asienta la idea de que hay que aprovechar las posibilidades que entrega la digitalización, en cuanto a poder integrar formalmente mecanismos de ADR y ODR a un sistema de justicia civil expandido, tal como ha ocurrido en la experiencia en Columbia Británica, Canadá, y sus nuevos «Tribunales de Resolución Civil».

Un paso más allá, incluso, puede verse, por ejemplo, en los sistemas de justicia civil donde desde un punto único de ingreso a un portal digital los individuos pueden obtener asesoría y consejo respecto a la identifica-

ción y diagnóstico de su reclamación, encontrar acceso adecuado a mecanismos prejudiciales de resolución de disputas, y –si ello no fuera exitoso– ayudarles– a llevar su solicitud a un mecanismo formalizado prejudicial para presentar una demanda formal. Ese tipo de sistema podría –en un sentido aún más amplio que la experiencia canadiense– proveer acceso a una amplia variedad de mecanismos alternativos –algunos online– para resolver la disputa, de forma que la gestión prejudicial de la disputa tenga como objetivo encontrar una solución que no sea la adjudicación. Solo si esa solución no es alcanzada durante la mencionada etapa previa las demandas pueden ser llevadas a una etapa judicial de resolución ante un juez. Tal tipo de reforma podría resultar finalmente en una división teórica entre ADR y resolución judicial, donde no habría más un sistema binario o alternativo, sino un solo camino unitario e integrado con etapas para la resolución de disputas. Podría, asimismo, aumentar el uso de dispositivos preventivos de resolución, así como levantar una gran cantidad de información útil para los tribunales. A través de la integración de todos estos cuerpos en un solo portal digital se permitiría, además, entregar *feedback* al sistema de forma conjunta, para llevar a cabo su trabajo de administración de justicia de mucho mejor forma. Así, nuestro sistema de justicia civil podría comprender entonces: prevención, consenso en la resolución y resolución judicial como última alternativa. Una aproximación verdaderamente holística que tomar de Hodges.

Hay, por supuesto, otras posibilidades. Fortalecer y apoyar cualquiera o todas ellas necesitará, de cualquier modo, de la digitalización. Ninguna área de nuestros sistemas quedará sin ser tocada por aquella. Cuando se consideren todos los aspectos de la justicia civil contemporánea, sean tales como los problemas macro destacados en esta obra, o problemas más específicos, tales como proveer notificaciones efectivas de las demandas, como examinar testigos, o como ejecutar sentencias y acuerdos extrajudiciales, la digitalización tendrá, sin duda, un rol relevante. Será, de suyo, importante asegurar que la digitalización vaya de la mano con el respeto a los principios que inspiran el sistema, pero dejando esa preocupación de lado, puede decirse que vivimos tiempos emocionan-

tes, y, tal vez estos tiempos sí logren dar una respuesta a los problemas de complejidad, costo y demora.

Esta obra dirigida por Jesús Ezurmendia, dedicada a presentar algunos de estos problemas, servirá como una aproximación a todos estos problemas, que permita a los lectores interiorizarse de ellas y proyectar soluciones.

UCL, 12 August 2021

(traducido por Jesús Ezurmendia,
debidamente coordinado y aprobado por el autor)

PRESENTACIÓN

Jesús Ezurmendia A.

A finales de los años 90 el profesor británico de la Universidad de Oxford, Adrian Zuckerman, publicó un libro que tenía como premisa denunciar una crisis de la justicia civil a nivel internacional, posiblemente globalizada, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de concebir los procesos civiles desde una perspectiva tridimensional, en tanto se debía considerar el factor tiempo y el factor costo como engranajes de la maquinaria del sistema. A dicha obra, latamente citada en este trabajo colectivo, le siguieron importantes aportes tanto desde el propio *common law* (Andrews, Sorabi) como desde la perspectiva del derecho continental (Van Rhee, Taruffo, Uzelac), en los que la premisa común era la misma, los códigos procesales de finales del siglo XIX y principios del XX consagraban un paradigma de justicia civil que no respondía a las necesidades del siglo XXI. La mayoría de estas cavilaciones se hacía en el contexto de citas académicas bajo el nombre de «Principios de Justicia Civil» y que explican el título de este trabajo.

En ese mismo tránsito, surgieron comisiones de estudio en prácticamente todas las jurisdicciones, generando proyecto de nuevas leyes procesales civiles de forma casi simultánea que intentaran dar respuesta a la mencionada situación, ya completamente insostenible. Es así

que, por ejemplo, en 1999 entró en vigencia el CPR (Civil Procedure Rules) y en el año 2001 la LECivil española de 2000, a la que siguieron procesos similares en Brasil, Portugal, México y, como no, Chile. En tal sentido la injustificable demora de la discusión parlamentaria del Nuevo Código Procesal Civil chileno deja de manifiesto un problema satelital a la crisis misma, que es el poco interés en dichas reformas desde el punto de vista político, atendida la dificultad técnica, el desconocimiento general de la población y la imposibilidad consecuente de obtener rentabilidad social y política inmediata. Es así, entonces, que, en general, no se habla de justicia civil más allá de los muros de las facultades de Derecho y los seminarios y conversatorios impulsados por quienes nos dedicamos al estudio y reflexión de esta área de la ciencia jurídica.

En ese escenario esta obra se propone, con las limitaciones propias de nuestros tiempos y circunstancias, constituir un aporte a esas reflexiones sobre la construcción de un sistema de justicia civil moderno, que pueda dar cabida a las necesidades de los justiciables respecto de una serie amplia y diversa de intereses jurídicos cuyo conocimiento esta entregado a los tribunales con competencia civil.

En esa liza, se ha ensayado un catálogo de artículos sobre los temas que mayor interés despierta la mencionada tarea de repensar el proceso civil, abarcando desde cuestiones orgánicas estructurales hasta los mecanismos en que la justicia civil cierra el sistema mediante las reglas de definitividad, pasando por críticas económicas filosóficas al proceso civil, a su construcción material y teórica, así como un reflejo de un estatuto sustantivo patriarcal y privatista, propio del ideario político, económico y social liberal de siglos pasados.

En la obra el lector podrá encontrar problemas pocas veces mencionados en la literatura, pero que hoy suponen un andamio insoslayable en la arquitectura del análisis de la justicia civil, tales como el problema de los costos, el acceso, la asistencia jurídica, el rol de la profesión letrada, los mecanismos alternativos y las facultades y poderes del juez en la conducción del procedimiento. Para ello, he contado con

la colaboración de un distinguido número de profesores y profesoras que gentilmente han querido colaborar en estas reflexiones, así como noveles estudiantes que han terminado sus estudios de derecho escribiendo sobre materias hasta hace poco desconocidas en los syllabus de pregrado.

Por ello, no me quedará sino agradecer dicha colaboración, oportuna, y completa por lo demás, de todos quienes han contribuido en que esta obra pueda hoy ser presentada.

Desde la perspectiva de su origen, la obra se erige como el corolario –trasladado al formato de un libro colectivo– de todas las reflexiones sobre justicia civil llevadas a cabo entre los autores en el marco del curso «Justicia Civil» llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el que, aprovechando las posibilidades de la enseñanza remota, pude contar con tan distinguido grupo de colaboradores. De esa misma manera, corresponderá agradecer a los estudiantes de dicho curso por su interés crítico y reflexivo en materia pocas veces atractivas en dicho nivel de enseñanza, demostrando la importancia que la justicia civil debe tener en el mundo del derecho, como la herramienta de política pública de tutela y reivindicación a través del Derecho de los intereses más inmediatos de la ciudadanía. Lo anterior supone, además, el cumplimiento del rol de la Universidad pública en tanto lugar de creación y divulgación del conocimiento, al servicio del mejoramiento del sistema jurídico, cuestión que –escapando a los humildes fines de esta obra– supone la guía del quehacer académico.

Finalmente, a nivel personal este libro colectivo supone el cierre de un estado de reflexión asociado a la justicia civil que se iniciara en 2015 con ocasión de mis estudios en Reino Unido, donde las clases del profesor Sorabji, prologuista de esta obra, supusieron un punto de inflexión en mi carrera académica, y que me han puesto conducir estudios doctorales recientemente finalizados. Asimismo, cumple este trabajo con un fin personal de aportar a la discusión sobre la justicia que pesa desde que retornara del extranjero, como una deuda con la cultura jurídica chilena, y más ampliamente con su ciudadanía que confió hace

años en mí, y que pienso he podido solucionar mediante la docencia, la investigación y la vinculación con el medio que mi Universidad me permite, y del que esta obra supone el último peldaño hacia la manumisión.

Santiago, Septiembre de 2021

Eman eta Zabal Zazu.

Colección Procesal J.M. Bosch Editor

COLECCIÓN DIRIGIDA POR JOAN PICÓ I JUNOY, CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

1. **Los poderes del juez civil en materia probatoria.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2003
2. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho.** Guimaraes Ribeiro, Darci, 2004
3. **Problemas actuales de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2004
4. **La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario.** Picó i Junoy, Joan y Adan Domènech, Federic, 2005
5. **Aspectos prácticos de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2006
6. **La prejudicialidad en el proceso civil.** Reynal Querol, Nuria, 2006
7. **Objeto y Carga de la Prueba Civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
8. **Introducción a la probática.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2007
9. **La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales.** Incluye CD. Jimeno Bulnes, Mar (Coord.), 2007
10. **El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Picó i Junoy, Joan, 2007
11. **El interrogatorio de partes (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 1).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
12. **Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago.** Achón Bruñen, M^a José, 2007
13. **Aspectos problematicos en la valoración de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
14. **El interrogatorio de testigos (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 2).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
15. **Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia.** Achón Bruñen, M^a José, 2008
16. **La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México.** Hernández Bezanilla, Emma del Rosario, 2008
17. **Tratamiento procesal del allanamiento en el Proceso Civil.** Carbonell Tabeni, Joaquín, 2008
18. **El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.** Abel LLuch, Xavier (Dir.), 2008
19. **La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC.** Cerrato Guri, Elisabet, 2008
20. **La ejecución hipotecaria.** Adan Domènech, Federic, 2008
21. **La prueba pericial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 3).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2009
22. **La prueba documental (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 4).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
23. **La audiencia previa.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
24. **Las garantías constitucionales del proceso (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2011
25. **Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales.** Libano Beristain, Arantza, 2011

26. **La prueba electrónica (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 5).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2011
27. **El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria.** Joan Picó (Dir.), 2011
28. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio.** Benavente Chorres, Hesbert, 2011
29. **El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal.** Gil Vallejo, Beatriz, 2011
30. **La prueba de reconocimiento judicial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 6).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2012
31. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades.** Benavente Chorres, Hesbert, 2012
32. **Derecho probatorio.** Abel LLuch, Xavier, 2012
33. **Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2012
34. **El principio de la buena fe procesal (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2012
35. **La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA.** Ripol, Ignacio, 2013
36. **La desnaturalización del proceso.** Sánchez Álvarez, Eduardo, 2013
37. **La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2013
38. **La adhesión al recurso de apelación civil.** Rodríguez Camacho, Nuria, 2013
39. **Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2013
40. **El secreto profesional del abogado en el proceso civil.** Andino López, Juan Antonio, 2014
41. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.** Duart Albiol, Juan José, 2014
42. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Casanova Martí, Roser, 2014
43. **El principio de audiencia.** Alfaro Valverde, Luis Genaro, 2014
44. **Las diligencias policiales y su valor probatorio.** González i Jiménez, Albert, 2014
45. **La suspensión de los juicios orales.** Pesqueira Zamora, Mª Jesús, 2015
46. **El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Rueda Fonseca, María del Socorro, 2015
47. **La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso.** Benavente Chorres, Hesbert, 2015
48. **Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva.** Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio (Coords.), 2016
49. **La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia.** Soca Torres, Isaac, 2016
50. **La acción rescisoria concursal.** Huelmo Regueiro, Josefina, 2016
51. **Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.** Jimeno Bulnes, Mar (Dir.), 2016
52. **Las excepciones materiales en el proceso civil.** De Miranda Vázquez, Carlos, 2016
53. **La venta judicial de inmuebles.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2017
54. **La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** De Aguilar Gualda, Salud, 2017
55. **Lingüística procesal: estrategias discursivas en los juicios españoles.** Torres Álvarez, José, 2017
56. **La LEC práctica en fichas.** Adan Domènech, Federic, 2017

57. **Peritaje y prueba pericial.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2017
58. **La LEC práctica en fichas.** Segunda Edición. Adan Domènech, Federic, 2018
59. **La personación procesal ante el juzgado de instrucción y de menores.** Valdivielso García, Yolanda, 2018
60. **La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares.** Castrillo Santamaría, Rebeca, 2018
61. **Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba.** Picó i Junoy, Joan y Abel Lluch, Xavier (Dir.), 2018
62. **La subasta concursal.** Huerta García, Rafael, 2019
63. **Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España.** Alonso Fernández, José Antonio, 2019
64. **La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2019
65. **Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales.** Pérez Losa, Lluís, 2019
66. **La Prueba Digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal.** De Aguilar Gualda, Salud, 2019
67. **La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2019
68. **Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil.** Cruz e Tucci, José Rogério, 2019
69. **El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de Crédito Inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE.** Adan Domenech, Federico, 2020
70. **La prueba pericial a examen. Propuestas de *lege ferenda*.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2020
71. **Proceso y Principios. Una aproximación a los Principios Procesales.** Ríos Muñoz, Luis Patricio, 2020
72. **Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*.** Libano Beristain, Arantza, 2020
73. **La segunda oportunidad de personas naturales en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2021
74. **La pragmática de la imputación penal.** Benavente Chorres, Hesbert, 2021
75. **El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial.** González Coulon, María de los Ángeles, 2021
76. **Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law.** Ezurmendia Álvarez, Jesús, 2021
77. **La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos.** Picó i Junoy, Joan; Mendoza Díaz, Juan; Mantecón Ramos, Ariel (Dir.), 2021
78. **La nueva configuración del secreto profesional del abogado.** Andino López, Juan Antonio, 2021
79. **La enseñanza del derecho en tiempos de crisis: nuevos retos docentes del Derecho procesal.** Picó i Junoy, Joan; Pérez Daudí, Vicente; Navarro Villanueva, Carmen y Cerrato Guri, Elisabet (Dir.), 2021
80. **La conducta procesal de las partes.** González Carvajal, Jorge I., 2021
81. **La evolución del derecho procesal a la luz de *Justicia* (40 años de historia).** Picó i Junoy, Joan, 2021
82. **Principios de Justicia Civil.** Ezurmendia Álvarez, Jesús (Dir.), 2022