

# COSA JUZGADA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

TOMÁS RUBIO GARRIDO  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

*A Luigi Mengoni,  
con admiración y gratitud por  
su obra y magisterio egregios (1)*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA COSA JUZGADA COMO FACETA DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 1. Planteamiento. 2. *La cosa juzgada y la Constitución de 1978:* A) Visión desde la «parte dogmática» de la Carta Magna. B) Visión desde la «parte orgánica» de la Carta Magna. C) Conclusión. III. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LO EXPUESTO EN PUNTO A CONCEPTO Y REGIMEN JURÍDICO DE LA COSA JUZGADA: 1. *Naturaleza jurídico-pública;* 2. *Unitariedad: cosa juzgada positiva y negativa; ¿cosa juzgada secundum eventum litis? ¿cosa juzgada secundum naturam litis?* 3. *La cosa juzgada es ajena a las fuentes del Derecho.* 4. *La cosa juzgada es ajena a*

---

(1) Esta dedicatoria cobra más hondo alcance para mí tras conocer la muerte reciente del Profesor MENGONI. El dato oficial indica que jamás tuve relación universitaria con él y que mis vínculos académicos en Italia se trabaron con otros funcionarios. De hecho, nunca llegué a conocerlo personalmente. Pero sólo él ha sido mi maestro italiano (en el sentido noble del término). He aquí una grandeza de la profesión intelectual (verdadera): enlaza a los hombres sin precisar trato ni mediación de intereses de índole alguna. Y, por ello, desaparece la persona del autor o profesor, y la sobrevive, en sus obras, enseñanzas, valores y actitudes, el maestro, vivo y vivificante. Todo lo universitario que no sea esto (lo pseudointelectual en general) se esfuma, como oropel o pompa vana, sin dejar huella (consuelo que, si no el presente, al menos la Historia sí depara). Luigi Mengoni es, para mí, —y uso el presente de manera, pues, plenamente deliberada—, el mejor civilista italiano del último medio siglo.

la prueba judicial. 5. La cosa juzgada y los juicios sumarios. 6. ¿Qué pasa en autoridad de cosa juzgada? Límites objetivos de la cosa juzgada. 7. La eficacia de la cosa juzgada penal en un ulterior proceso de responsabilidad civil en la jurisdicción ordinaria. 8. Los límites subjetivos de la cosa juzgada: A) El *status quaestionis* al entrar en vigor la Constitución. B) El terremoto que el art. 24 CE provoca en la *communis opinio* doctrinal. C) Enfoque constitucional correcto de la cuestión. D) Crítica adicional, con la Constitución, de la tesis que hace dogma de la relatividad de efectos de la cosa juzgada. E) Conclusiones. Requisitos que el art. 24 CE impone a la legislación ordinaria para que pueda haber vinculación de terceros a la cosa juzgada.

## I. INTRODUCCIÓN

Es mi propósito estudiar la relación entre la cosa juzgada y el derecho a la tutela judicial efectiva. Querría, además, hacerlo teniendo *in mente* problemas reales, puesto que es mi convicción que cualquier otro enfoque se aleja del que primariamente debe intentar dar todo operador jurídico (2).

Lo indicado me obliga a manejar nociones técnicas habitualmente adscritas a los Derechos constitucional y procesal. Y, por esa razón, a ser consciente de que, al abandonar mi campo, mi análisis será en buena medida diletantesco. Y si bien es cierto que todas las ciencias deben algo a los diletantes, tampoco lo es menos que esas aportaciones casuales acontecen, por lo general, de siglo en siglo. Pido adicionalmente excusas por anticipado si en algún momento mi diletantismo degenera involuntariamente en error grosero o en solemnización de obviedades.

Pero aún me he topado con más dificultades. Por una parte, es bien sabido que la institución de la cosa juzgada, pese a ser cardinal, y, sin

---

(2) Pues su quehacer es por esencia aplicativo. Esto es, vocado a resolver conflictos verdaderos del hombre en sociedad. Ajenos o secundarios, pues, le habrían de resultar valores estéticos, de erudición, autobombo o promoción universitaria.

Me propongo, además, un trabajo que no sea meramente descriptivo (de esos hay muchos, creo que también hoy manifiestamente demasiados), ni tampoco sólo técnico, dirigido a aclarar el sentido y contenido de las expresiones y disposiciones normativas para encuadrarlas luego unitaria y sistemáticamente, sino que sea también *teórico* en el sentido más hondo del término, esto es, abierto a la cuestión de si el Derecho positivo es el instrumento justo para un fin justo ante problemas concretos y, si fuera menester, a darle soluciones supletivas o razonadamente correctoras cuando la utilidad pública lo exija (D. 1, 1, 7, 1).

duda por serlo, es de una gran complejidad (3). Y, por otra, los perfiles imprecisos que el derecho a la tutela judicial exhibe en el art. 24 CE (desde luego, en lo no atinente al proceso penal) y la mole ingente de resoluciones del TC que sobre él han recaído, hacen arduo sobremañera un estudio que sea serio (y, a la postre, útil) (4).

(3) DE LA OLIVA, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 397 y 404 afirma que esta institución está aquejada desde hace décadas de una «incomprensión lamentable», dentro de la «degeneración contemporánea de los conceptos jurídicos». Desde luego, sí parece dato objetivo que presenta hoy más dudas que certezas, recibiendo un tratamiento doctrinal muy desigual, aunque no enjuto, y agobiado por unos precedentes abigarrados y, en general, de poca ayuda para la aplicación de las normas en el tiempo presente, fundamentalmente porque son muy hondas las diferencias que alejan al procedimiento civil moderno, institución de Derecho público tamizable a la luz de un derecho fundamental de los ciudadanos, de sus prodromos romanos, romanistas, canónicos y de *Ancien Régime* (así, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 626 y CHIOVENDA, «Sulla cosa giudicata», *Saggi*, II, Roma, 1931, p. 401). No extraña, pues, que SERRA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XVI, Vol. 2º, Madrid, 1981, p. 663 asevere que «cuanto más se profundiza en su estudio, tanto más se oscurece su concepto».

Por ello, acaso deban achacarse a la «degeneración contemporánea» a que alude DE LA OLIVA, afirmaciones como las de MENCHINI, voz «Regiudicata civile», *Digesto delle discipline civilistiche, Sezione civile*, XVI, Turín, 1999, p. 412 de que las disputas sobre la naturaleza y régimen jurídicos de la cosa juzgada están superadas ya, pues tenían como causa bien los errores metodológicos del pasado, bien la escasa preparación y cultura de los juristas que nos antecedieron en el tiempo. Ideas que se comentan por sí solas.

(4) DÍEZ-PICAZO, Ig., en *Comentarios a la Constitución de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA, III, sub art. 24, Madrid, 1996, p. 26 señala que la genericidad del art. 24 CE «dificulta una interpretación acorde con los moldes canónicos». Ello es cierto si por tales moldes se toman los que el saber pandectista nos legó desde sus premisas de positivismo legalista extremo. No, en cambio, si, tomada consciencia de la naturaleza y fin de las Constituciones modernas, se advierte que sus preceptos no pueden más que recibir una hermenéutica peculiar (más cercana a la tradicional civilista sobre la «cláusula general» o «concepto jurídico indeterminado» y con notable espacio para datos propiamente políticos). Por tanto, es perentorio que sea una hermenéutica muy controlada, puesto que, de lo contrario, se puede llegar con facilidad a resultados intolerables, como, por ejemplo, ocurrió desde el laxismo interpretativo (y ético) de la llamada «teoría alternativa del Derecho» (posiblemente contra sus excesos, tan genuinamente italianos, se expresan COMOGLIO, *Commentario della Costituzione*, dirigido por BRANCA, *Rapporti civili*, Bolonia-Roma, 1981, p. 6 y PROTO PISANI, «Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza e la garanzia costituzionale del diritto di difesa», RTDPC, 1971, p. 1222). En particular, entre nosotros, ¡cuántos estudios de apariencia solemne son inservibles de todo punto por elevar en todo caso a derechos individuales lo que en la Carta Magna son meros principios rectores, ignorando crasamente el tenor del art. 53, 3 CE! ¡Cuántos lo son por basarse, muy enfáticamente —eso sí—, en los arts. 1 ó 9 o incluso en el propio Preámbulo de la Constitución!

Por todo ello, opto por dar a este estudio un formato de colaboración en revista. Evocando a SAVIGNY, el «desarrollo del pensamiento en las sólidas formas de un gran conjunto» ha de dejarse a los libros; función de la revista es «comunicar los pensamientos aún no acabados y sólo como en bosquejo» (5).

Además, ciño el objeto de mi atención al Derecho español. Lo contrario sólo habría llevado a añadir diletantismo al que ya habrá (6). Y lo hago, dentro de él, a las solas sentencias dictadas por la

---

Lo que indudablemente la genericidad del art. 24 CE ha provocado durante dos décadas —aunado a comprensibles *tics* de la profesión forense y aún a algunos de jueces— es que en la praxis jurídica se haya convertido en el precepto «estrella» de nuestra Carta Magna (en grado sumo, el concepto de «indefensión»), lo que, como bien dice DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, pone en manos del intérprete un material inigualable, pero muy difícilmente domeñable. De hecho, bien es sabido que se ha llegado a dar en numerosas ocasiones un «abuso» del derecho del art. 24 CE, lo que sin duda ha contribuido a que quizá, desde una óptica picapleitera o leguleya, pueda decirse que esa norma haya acabado en cierto modo «muriendo de éxito» en el proceso civil (reflexiónese sobre el sistema de recursos que introduce la nueva LEC).

El grado extremo de formulación constitucional genérica en esta materia viene representado por el inciso del art. 24, 2 CE: «y con todas las garantías». Y, sin embargo, no me parece que tenga razón DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, p. 95, al afirmar que es un derecho «absolutamente incorrecto». Pues el TC lo emplea para englobar el derecho a la «imparcialidad del Juez o juzgador» (SSTC 113/87 y 145/88) o el derecho a no sufrir «dilaciones indebidas» (STC 149/89). Y aunque técnicamente quepa también defender esos resultados aplicando el art. 6 CEDH en virtud del art. 10, 2 CE (cfr. STC 245/91), aún le quedaría al inciso en cuestión el valor de ser un recordatorio enfático y el énfasis nunca es superfluo como valor educativo en una Constitución. Así, además, podría verse como un equivalente de las conocidas expresiones doctrinales de «juicio justo», «richtiges Gehör», «processo dovuto» o «due process».

(5) «Sobre el fin de la Revista de la Escuela histórica», en *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, Trad. de R. ATARD, Madrid, 1908, p. 18.

(6) Dejo, pues, el análisis de la perspectiva supranacional a los comparatistas y a esa porción de la escuela que hoy está volcada con entusiasmo febricitante en los futuros Constitución y Código de Derecho privado europeos. Tan sólo llamo a la atención sobre el tenor y mandato del art. 95 CE y advierto, además, que, por supuesto, cualesquiera reglas que se digan integrantes de la cacareada *lex mercatoria* valdrán sólo, en su caso, como usos contractuales (arts. 1, 3 C. c, 2 y 50 C. com) y, por tanto, sojuzgables por las normas imperativas y de orden público de nuestro ordenamiento, entre las que, claro está, se incardinan todas las que dimanen del art. 24 CE (cfr. STC 214/91).

Cosa distinta a la indicada en el texto es el manejo del dato positivo comparado. De él intentaré hacer uso amplio, puesto que es aquí de gran utilidad. Fundamentalmente, porque en relación con nuestro art. 24 CE, hay culturas jurídicas de nuestro entorno que nos llevan años, incluso décadas, de delantera (señaladamente, Italia, Alemania y EEUU).

Ahora bien, también me ha parecido que el empleo de esta fuente de conocimiento ha de hacerse aquí con cautela extrema. No sólo se han de evitar las incorrecciones (por ejemplo, la de ATAZ, «Tutela judicial efectiva y efectos de la solidari-

jurisdicción española (7), a su *cosa juzgada material* (8) y al ámbito del Derecho privado.

dad», en esta revista, n. 15. 2001, p. 50 cuando dice que la ley italiana y francesa nunca hizo mención especial de la extensión de efectos de la cosa juzgada, o MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padua, 1978, p. 91 cuando caracteriza a todo el ordenamiento norteamericano como anclado en esquemas y concepciones medievales objetivamente más retrasadas que la elaboración dogmática a que ha llegado la Europa continental). Hay que ser muy conscientes, además, de que las regulaciones procesales de cada ordenamiento presentan perfiles muy singulares. Así, la importación a saco que es habitual en ciertos procesalistas patrios de la doctrina italiana no tiene a menudo en cuenta que el proceso civil transalpino se cinceló en 1940 en plena etapa mussoliniana, en lo político-cultural, y neo-pandectista, en lo metodológico (quizá no casualmente hermanadas) y como *pendant* de un ordenamiento jurídico-privado muy formalista y con notable intervencionismo estatal. Y esos datos, aunque los más estridentes se cancelaran *pro forma* al «ganar» Italia la II Guerra mundial, dejan huellas de fondo indelebles, que me parecen incasables con elementos estructurales de nuestro ordenamiento. Peligros similares se ciernen hoy con la moda virulenta de «importar» modelos y figuras del proceso norteamericano, que, sin ser medieval (*iper carità!*), tiene presupuestos muy diferentes de los que caracterizan constitucionalmente al nuestro.

(7) Para el valor en nuestro ordenamiento de sentencias firmes extranjeras remito a los procesalistas e internacionalistas, que habrán de explicarlo conforme a Convenios y Tratados —y, en su caso, al principio de reciprocidad de Derecho internacional—, con sujeción a nuestra Constitución.

(8) Que es a la que la ley se refiere cuando habla de «cosa juzgada» a secas, acaso por ser el sentido romanista clásico de la locución «*res iudicata*» (así, PUGLIESE, voz «Giudicato civile (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milán, 1969 p. 802).

De la llamada «cosa juzgada formal» sólo me ocuparé de forma implícita, en tanto que presupuesto inexcusable para que una resolución judicial produzca cosa juzgada material o sustancial (art. 207, 3 y 4 LEC; STC 92/99).

Es sabido que incluso buena parte de la doctrina procesal sugiere sustituir la locución «cosa juzgada formal» por «firmeza» o «inimpugnabilidad» (por todos, GÓMEZ ORBANEJA, en *Derecho procesal civil*, I, 6ª ed, Madrid, 1968, p. 302 y SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios del Código civil*, sub art. 1252, II, 1993, p. 422 en aras de evitar confusiones terminológicas), pero en eso no entramos, pues comprendidas las cosas, la nomenclatura debería ser siempre secundaria (*re intellecta, in verbis simul faciles*) y la contraposición formal/material es aquí un locus communis (SSTC 100/88, 12/89, 196/91, 350/93, 18/95, 84/97, 165/99 y 106/99). En cualquier caso, advierto que no ha de confundirse sentencia firme con sentencia definitiva (art. 207, 1 LEC) (un posible error en STC 94/87). Y que no parece muy afortunada la fraseología novedosa que en Italia recientemente se propone (la cosa juzgada formal se transmuta en «cosa juzgada interna» —con juego en el interior del proceso a que se ha puesto fin— y la material pasa a ser «cosa juzgada externa» —con posible juego también en otros procesos—: cfr. PUGLIESE, «Giudicato civile (dir. vig)», *ibidem*, p. 800). Cuestión distinta es que, por razones de las que se dará cuenta más adelante (*sub* II, 2), en la doctrina actual y aún en la jurisprudencia del TC se advierta, en contra de la tradición del lenguaje legislativo, una tendencia a identificar «cosa juzgada» con la sola vertiente de la firmeza o cosa juzgada formal, despreciándose la «material». Ello conduce en ocasiones a resultados aplicativos desafortunados y, a mi juicio, contrarios al dato positivo.

## II. LA COSA JUZGADA COMO FACETA DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### 1. Planteamiento

Es doctrina reiteradísima del TC que, aun no mencionado de forma expresa en el art. 24 CE, el derecho a la cosa juzgada es una faceta o proyección del derecho a la tutela judicial efectiva.

No es mi intención detenerme en el problema «constructivo» de si ese art. 24 CE reconoce sólo uno o, por el contrario, dos o más derechos fundamentales distintos y, en su caso, en cuál de ellos habría que integrar al «derecho a la cosa juzgada» (9). Considero de mayor relieve técnico y práctico analizar con sosiego y espíritu crítico la fundamentación con la que nuestro TC tiene sentada la doctrina referida y, si fuera menester, exponer la que considero más ajustada a las directrices constitucionales. A tales efectos, las conocidas expresiones del TC que presentan al derecho fundamental del art. 24 CE como uno «complejo» integrado por distintas «facetas», «proyecciones» o «vertientes» me parecen incluso felices (y en modo alguno desconocidas por la dogmática jurídica más acendrada) (10).

En cambio, sí debería exponer, en puridad metodológica, como premisa de este estudio, el concepto técnico de cosa juzgada (material). Pero, por lo indicado en la Introducción, en la búsqueda de una respuesta pulida a este punto, podría ya alumbrarse toda una monografía, lo que sería en gran medida ajeno al fin propio de esta Revista, y, muy posiblemente, de no gran utilidad. Por ello, antes que despeñarme en brumas dogmáticas acaso inanes, me contento con una respuesta provisional, a los solos efectos de resolver la cuestión principalmente planteada.

Por cosa juzgada (material) se entiende, de una parte, el efecto por el que se excluye un proceso ulterior cuyo objeto sea idéntico al del

---

(9) Sobre ello, véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, Ig, op. cit, pp. 26-27, para quien habría dos: el de tutela judicial efectiva y el de no padecer indefensión (pero en p. 85 añade, como derecho distinto, el de no sufrir dilaciones indebidas).

(10) Considero de poco relieve práctico lo anterior, porque el claro espíritu antiformalista de que ha hecho gala por lo general nuestro TC, también al interpretar los requisitos de acceso al recurso de amparo, rebajan en mucho la trascendencia de confundir la alegación de una u otra de las distintas vertientes del art. 24 CE (aplicación concreta del principio *da mihi factum, dabo tibi ius*: por todas, STC 91/87).

Cuestión también diferente —y en la que tampoco voy a entrar, aunque percibo gran verosimilitud— es que, para DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, p. 25, el art. 24 CE, tomado en su conjunto, está todavía necesitado de una sistematización en su estructura y contenido, que aporte rigor a su exposición doctrinal.

proceso en que una sentencia firme se produjo (arts. 222, 1, 421, 1, I y 764, 2 LEC). Y, de otra parte, el efecto por el que «lo resuelto en una 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» (arts. 222, 4 y 421, 1, II LEC).

Como bien se sabe, a la primera consecuencia se la suele denominar «cosa juzgada negativa» o «preclusiva» o «exclusoria» y a la segunda, «cosa juzgada positiva» o «prejudicial» (11).

## 2. La cosa juzgada y la Constitución de 1978

### A) Visión desde la «parte dogmática» de la Carta Magna

#### a) Premisa: el proceso civil a la luz del art. 24 CE

Para poder mejor acotar y abordar el meollo problemático de este estudio, considero pertinente, aun a riesgo de reiterar cosas harto conocidas, precisar el papel que nuestra Constitución asigna al proceso civil.

En particular, me interesa recalcar que el proceso civil aparece en ella como un *instrumento* con el que los ciudadanos tienen derecho a contar para obtener tutela judicial para cualesquiera de sus derechos e intereses legítimos. En concreto, eso significa que:

i) Los mandatos contenidos en el art. 24 CE no sólo se refieren al aspecto *formal* del proceso civil. Ciertamente es que hay un ámbito en el que la que podríamos llamar «regulación sustantiva» entra en relación con

---

(11) Y tampoco modificaré esas denominaciones, puesto que también están extendidas en el lenguaje jurídico (véase la propia Exposición de Motivos de la LEC, punto IX y SSTC 207/89, 171/91, 90/94, 59/96 y 168/2001), y su alteración provocaría más incompreensión que ventajas, siendo así que, como he indicado, creo firmemente que la terminología ha de ser siempre aspecto secundario. Dificultades nominalistas, a mi juicio gratuitas, provoca, por ejemplo, la denominación de «efecto indirecto o reflejo» de la cosa juzgada a su función positiva (LIEBMAN, «L'efficacia della sentenza penale nel processo civile», *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 11, en pos de CARNELUTTI), pues evoca promiscuamente una contraposición verbal que habitualmente sólo se maneja en el tema de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Suele señalarse que la dicotomía negativa/positiva fue obra de KELLER, *Über Litis Contestation und Urteil nach classischen römischem Recht*, Zurich, 1827, y luego asumida por SAVIGNY, WINDSCHEID y WACH (*apud* PUGLIESE, voces cit., pp. 735 y 787).

el art. 24 CE sólo en cuanto que simple y legítimamente conforma el objeto a tutelar judicial y efectivamente (esto es, en cuanto cincela el *prius* para el que el proceso civil es instrumento) (12). Pero allende esa zona, el art. 24 CE también incide en la regulación sustantiva, haciendo inválida toda aquella que constriña más allá de su contenido esencial (art. 53, 1 CE) el derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los distintos derechos e intereses legítimos o que lo constriña de manera irrazonable o arbitraria (esto es, que no permita que el proceso civil despliegue de forma razonable su función esencial de instrumento para una tutela efectiva).

Porque ¿de qué serviría un proceso civil escrupulosamente formalizado, si, a la postre, a él, dada la índole de la regulación sustantiva de las relaciones jurídicas a tutelar, no se puede acceder o se puede acceder sólo en condiciones muy difíciles?

No ha de sorprender, pues, que la STC 174/95 entendiera inconstitucional el art. 38, 2 de la Ley 16/87, de Ordenación de Transportes Terrestres, que establecía: «siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500. 000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario». Con precisión, a mi juicio, la sentencia recalcó que ese arbitraje administrativo se configuraba como «obligatorio, en principio», ya que la ley exigía *voluntad de ambas partes para poder acudir a la jurisdicción* (13). Y ello era una exigencia que lesionaba el contenido esencial del art. 24 CE, al imponer una traba excesiva e irrazonable al acceso a la tutela judicial.

Algo análogo cabe decir de la STC 243/88, que entendió inadmisibles extender la inmunidad parlamentaria (art. 71 CE), con sus condicionantes para el acceso a la justicia, a procesos meramente civiles. O de la STC 141/88, que declaró ilegítima, con total plausibilidad en mi opinión, la disposición del art. 57, 1 LITPyAJD, que establecía que «ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este

---

(12) Tradicionalmente esto se expresa indicando que el «momento» del derecho subjetivo precede lógicamente al de la acción (COMOGLIO, op. cit, p. 17).

Añádase a lo indicado en el texto, por supuesto, que, a salvo los que la propia Constitución configura como derechos directamente aplicables, no es ésta la encargada de definir qué tipo de situaciones o intereses han de ser contemplados por el ordenamiento como derechos subjetivos o intereses legítimos (DÍEZ-PICAZO, Ig, op. cit, p. 37 y art. 53, 3 CE).

(13) Este mecanismo legal fue, significativamente, habitualísimo en los ordenamientos totalitarios (así, por ejemplo, en Italia respecto de actos administrativos o de *corpora* con subjetividad político-constitucional).

impuesto se admitirá y surtirá efectos en Tribunales, oficinas o Registros públicos sin que se justifique el pago, exención o no sujeción de aquél» (14).

A mi entender, significativo de cuanto quiero poner de relieve es también la evolución que la doctrina del TC ha experimentado en relación con los plazos de prescripción o caducidad que las normas sustantivas imponen. La STC 147/86, con poca fortuna en mi opinión, afirmó que no podía entrar a valorar si un plazo era largo o breve (15). Pero ya la STC 158/87 indicó que sí debe el TC analizar tales plazos «pese a que pudiera pensarse que pertenecen al sector jurídico no procesal». Y lo confirma la STC 160/97: «el legislador, al configurar estos plazos, debe tener presente la exigencia constitucional de habilitar unos que sean suficientes y adecuados en orden a hacer valer judicialmente los derechos e intereses legítimos de manera que su tutela judicial no resulte imposibilitada por insuficiencia del plazo establecido al efecto».

Por lo mismo, creo que el TC puede fiscalizar las normas que permitieran disposiciones *mortis causa* que dificulten en exceso el acceso a los tribunales o las que aceptaran que, mediante pacto, ello se obstaculizara irrazonablemente («gentlemen's agreements», renunciadas a foros, determinadas cláusulas compromisorias, renunciadas a la oponibilidad de excepciones [16], etc...). Así como procedería, por ejemplo, este examen de censura contra normas como las contenidas en los arts. 38, II LH, 3 LRC e incluso el 313 LH y concordantes (cuando menos, en lo relativo al mandato que contienen para Jueces y Tribunales) (17).

---

(14) Aunque su razonamiento concreto no me parece lo suficientemente preciso (pues se limitó a apelar a que se introducía una quiebra entre el mundo sustantivo y el procesal). A mi juicio, la fundamentación técnica desde la que se podía llegar a esa conclusión exacta es señalar que la limitación que al acceso a la jurisdicción se cincclaba en la norma era ilegítima constitucionalmente por fundarse en un interés público (el recaudatorio regulado por el art. 31 CE) que está axiológica y jurídicamente subordinado al derecho fundamental consagrado por el art. 24 CE.

(15) Acaso quería indicar que, en el seno del proceso de amparo, no le cabe examinar cuestiones de legalidad ordinaria, pero es preciso recordar lo que dispone el art. 55, 2 LOTC y la interpretación extensiva que le ha dado el propio TC.

(16) A mi juicio, aquí radica el mayor problema que, por ejemplo, presentan en nuestro ordenamiento las figuras anglosajonas de la garantía a primer requerimiento o a primera demanda y, generalizando, todos los productos de la autonomía privada para los que doctrinalmente se propugne su funcionamiento «abstracto».

(17) Y, también en mi opinión, el art. 24 CE, así leído, supone que la doctrina civilista ha de olvidarse de una vez por todas de la rémora romanista —¡tan mal entendida!— de los llamados «derechos sin acción» (que aún se maneja desafortunadamente, por ejemplo, en materia de prescripción extintiva).

Obsérvese, en general, que, como sintetiza la STC 141/88, para que la limitación de acceso al proceso civil que una norma sustantiva dictara, se pueda considerar constitucionalmente admisible, no basta con que persiga un fin lícito, sino que es también en todo caso preciso: i) que responda a una finalidad constitucionalmente legítima; ii) que sea proporcional y razonable en relación con el objetivo perseguido; iii) que respete en todo caso el contenido esencial del art. 24 CE.

El valor del art. 24 CE que intento ilustrar suele expresarse, de manera algo críptica, señalándose que esa norma no constitucionaliza sólo el tradicional *derecho abstracto de acción* acuñado por los procesalistas publicistas a principios del S. XX, sino que, en su lugar, ha configurado como derecho fundamental de los ciudadanos el de *tutela efectiva* (amparo judicial verdadero) de las distintas posiciones activas sustantivas legítimas que ostenten o puedan llegar a ostentar.

ii) Sentado que el alcance normativo del art. 24 CE también incide en la regulación sustantiva, la instrumentalidad que ha de tener el proceso civil supone igualmente que las exigencias estrictamente formales que el art. 24 CE formula no puedan sólo analizarse como fines en sí mismas (18).

---

(18) Estas lecturas han dominado casi sin contestación el panorama doctrinal procesal hasta hace bien poco, posiblemente por el peso confluyente de dos tradiciones importantes:

i) De una parte, el liberalismo formalista, que cree compendiar todo el valor del art. 24 CE —o norma equivalente; en su caso, los llamados «principios naturales» del proceso civil— en el solo respeto a unas reglas abstractas de juego, sin ser cometido del legislador, ni del jurista, indagar en sus plasmaciones concretas (así, por ejemplo, se orientaba la conocida tesis de LIEBMAN en Italia, según la cual, jamás cabe mezclar el plano procesal y el sustantivo, como también a ello responden las imágenes del proceso como competición formal —duelo, juego— [CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Nápoles, 1965, pp. 537 y ss]). Esta visión, por ejemplo, dominó la doctrina italiana hasta los años 60'. Por todos, véase COMOGLIO, op. cit, pp. 8-9, que la reputa restauradora de la ideología liberal clásica (y que, en algún extremo, fue claramente reaccionaria o inmovilista).

ii) De otra parte, la poderosa escuela publicista, que eleva el proceso a fin en sí mismo, desvinculado de toda otra realidad («una gran gabbia nella quale il pubblico non avrebbe accesso, se non per porgere ai giudici, chiusi lí dentro, suppliche, istanze od altri materiali da elaborare», en la conocida imagen crítica de REDENTI, *apud* PUGLIESE, voz «Giudicato (dir vig)», cit, nt 144). Esa concepción arrancó por el deseo de los procesalistas de emanciparse del Derecho sustancial y acabó, alimentado por la pasión lógica de todo especialista, en solipsismo, con resultados técnicos e ideológicos muy desafortunados (explicación de la obligación como un derecho real de prenda general sobre el patrimonio del deudor, de los derechos reales de garantía como derechos a pedir y obtener del juez la venta forzosa del bien afecto, de la propia cosa juzgada como un efecto puramente procesal, sin incidencia alguna en el mundo sustantivo

Por supuesto, tales mandatos «formales» sustancian valores que el proceso civil ha de tener en todo caso (19). Pero ¿de qué sirve un pro-

[teoría de la *doppelte Rechtsbildung* de KOHLER] y, más en general, las definiciones perversas del proceso como una organización autónoma [«empresa» llegó a afirmar CHIOVENDA] para la aplicación del Derecho objetivo, regido por una ley autónoma respecto de las normas reguladoras de las relaciones sustantivas). De aquí se llegó con facilidad a conocidas deformaciones conceptuales de alcance más hondo: las propias del realismo escandinavo y norteamericano, según las cuales los derechos subjetivos no son sino buenas digestiones del Juez [teoría del *hunch*] o sólo una táctica de persuasión forense más eficaz que la del contrario [exageraciones de la «nueva retórica» y ciertas visiones de la «tópica»] y la sentencia judicial sería, en verdad, la verdadera y última fuente del Derecho, siendo la ley un mero consejo que se le da al Juez (tesis de D'ORS, «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia del TS», I. J, 1947, p. 74, ya antes defendida por EHRLICH y tantos otros). Es demasiado benévolo SATTA, voz «Diritto processuale civile», *Enc. del Diritto*, XII, Milán, 1964, p. 1101, al caracterizar estos excesos procesalistas como una mera «febbre di crescita» y, desde luego, me adhiero a PUGLIESE, voz «Giudicato (dir. vig)», cit., nt 144, para quien no son precisos para poder defender la autonomía docente e investigadora del Derecho procesal.

(19) Por tanto, no puede disolverse el art. 24 CE en la protección que a los distintos derechos e intereses legítimos dé en otros de sus preceptos la Constitución. No es exacto decir que el art. 24 CE simplemente tiende a garantizar la efectividad de cada una de las situaciones subjetivas (DENTI, «Valori costituzionali e cultura processuale», *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 446, que señala que «ello es demostrado por la experiencia norteamericana» [?]), ni acaso, como afirma COMOGLIO, op. cit., p. 51, nt 2, que las garantías procesales son sólo «de medios y no de resultado», ni, como llegan a afirmar las SSTC 50/85 y 166/86, que el derecho del art. 24 sólo tiene carácter instrumental o reaccional. Eso es cierto, como he indicado ya, pero no es toda la verdad. El alcance normativo que el art. 24 CE tiene para la protección de derechos e intereses legítimos ha de plasmarse, necesariamente, a través del respeto, también en tanto que resultado, de las garantías y formas procesales que el propio art. 24 CE ordena. No puede, pues, disolverse el art. 24 CE en otros preceptos; simplemente es preciso coordinarlo —con su contenido formal de alcance trascendental: garantías también de resultado— con las restantes normas constitucionales atribuidoras y protectoras de posiciones activas sustantivas de los ciudadanos.

A mi juicio, si bien es impropio técnicamente leer el art. 24 CE a la luz de la panoplia conceptual liberal formal (por más que se ilusionen de lo contrario tantos secuaces de la oleada neo-liberal actual), ello no significa que su *pathos* sea inútil. En concreto, nuestra Constitución garantiza, ex art. 24, principios cardinales clásicos del proceso civil como el de contradicción, libertad de prueba, audiencia y defensa también porque los considera el mejor medio técnico para llegar, con la máxima probabilidad posible, a una sentencia justa. Este, precisamente, es, a mi juicio, el valor profundo, autónomo (aunque instrumental), que tienen las locuciones del *due process*, «giusto o dovuto processo», «richtiges Gehör» o del «proceso con todas las garantías» del art. 24, 2 CE (cfr. SSTC 1/97 y 26/99).

Por tanto, a mi entender, también en el terreno de la jurisdicción ordinaria hay un *ius ut procedatur* (o sea, el atribuido por el art. 24 CE es también, en el proceso civil, un derecho fundamental formal, un derecho a unas condiciones mínimas formales), siquiera sea, por razones obvias, menos rígido que el que es dable apreciar en el terreno penal. Concepción que, para nuestro Constituyente, es también concreción de la tutela de la libertad individual (así, COMOGLIO, *ibidem*, pp. 2 y 6 y las interesantes SSTC 41/97 y 26/99).

ceso perfectamente formalizado si no es para que a su través se puedan hacer valer derechos e intereses legítimos?

Por esa razón, se comprende que, si bien es cierto que la ley ordinaria puede condicionar la obtención de una resolución judicial sobre el fondo al cumplimiento de requisitos procesales, no puede imponer unos que sean arbitrarios o desproporcionados, pues ello vulneraría el contenido esencial del art. 24 CE.

Ello, por ejemplo, obliga a que tales requisitos, para ser legítimos, deban ante todo estar fundamentados en fines constitucionalmente protegibles —en particular, la ordenación del proceso en garantía de los derechos de las partes— y ser proporcionales (SSTC 43/85, 157/89 y 122/97) (20). Supone, también a título de ejemplo, que no sea constitucional un requisito en guisa romana de *edictio actionis* o lo

---

Con ello, queda también claro —aunque ni es ésta la sede oportuna para abordarlo a fondo ni acaso mi competencia lo permitiera— que discrepo, en un plano estrictamente técnico, de aquellos que leen los elementos formales garantizados por el art. 24 CE como un mero desarrollo positivo que hizo nuestro Constituyente del Derecho natural. La proliferación de esas lecturas tras la II Guerra Mundial (momento en el que, no en vano, se constitucionaliza de forma moderna el derecho a la tutela judicial, en el art. 10 de la Declaración de Derechos humanos o en los arts. 24 de la Constitución italiana o 19, 4 y 103 de la *Grundgesetz* alemana), no obstante, es un fenómeno harto comprensible. Por lo mismo, pueden tolerarse, como excesos verbales bienintencionados, frases como las de DÍEZ-PICAZO, Ig, op. cit, p. 24 de que si hay violación del art. 24 CE «el ser humano pierde su dignidad y condición», que también pueden hallarse en HEYDE, W AAVV, *Manual de Derecho constitucional*, 2ª ed, trad. de LÓPEZ PINA, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 767 y ss, *passim*.

Y lo indicado permite justificar —sobre todo ante algunos privatistas reacios a aceptarlo— por qué puede ocurrir que haya exigencias jurídicas diferentes para un ejercicio extrajudicial de un derecho o interés legítimo y para uno que sea judicial (por ejemplo, *per in concessum*, que pueda un acreedor *ex art. 1111 C. c*, él solo, interrumpir la prescripción extintiva de un crédito de su deudor inerte, por los cauces del art. 1973 C. c, y, sin embargo, para cobrarlo judicialmente, precise que el deudor inerte pueda incorporarse al juicio incoado contra el *debitor debitoris*). *Pues la relación procesal es de Derecho público y sujeta inexcusablemente a unas exigencias formales mínimas que dimanar del art. 24 CE. Esto es, más en profundidad, que es preciso, de una vez por todas, que los privatistas nos despojemos de la visión del proceso civil como un tipo más de contrato, similar al de transacción o arbitraje (en visión que pretendidamente nos lega el Derecho romano clásico). El proceso civil es hoy, con nuestra Constitución en la mano, una función pública (es «processum» y no iudicium, lis o causa, parafraseando una conocida afirmación de CARNELUTTI).*

(20) Esta doctrina ha sido particularmente importante en relación con el acceso a recursos, donde el TC admite que los requisitos pueden ser más severos, por exigencias obvias derivadas del derecho a la tutela judicial de la contraparte, pero sin que jamás puedan ser excesivos o irrazonables. Véanse SSTC 90/86 y 87/86, que censuraron lecturas formalistas de la consignación necesaria para apelar en materia de rentas arrendaticias. También, sobre otros aspectos de recursos, SSTC 65/83, 158/87, 108/92 y 350/93.

sean los principios *da mihi facta, dabo tibi ius e iura novit curia* delimitados por la regla de la congruencia (21). También que es exigencia constitucional que todo incumplimiento de cualesquiera requisitos procesales pueda ser siempre y en todo caso subsanable (22). O que los plazos procesales pueden y deben siempre ser fiscalizados por si su brevedad excesiva dificulta el derecho a la tutela judicial efectiva en cualquiera de sus vertientes o facetas (STC 14/92). O, por último, para no cansar, que no quepa una lectura formal de la legitimación *ad causam* o procesal, sino que siempre es obligado hacer una sustancial, que abarque a todo aquel que tenga un interés legítimo respecto del pronunciamiento judicial que se pida (SSTC 60/92, 71/91 y 214/91).

En suma, obliga a que siempre se interpreten y apliquen las normas reguladoras del proceso en el sentido que permita dar la más efectiva protección a las distintas posiciones subjetivas sustantivas (principio *pro actione*: SSTC 81/85, 29/85, 166/86 y tantas otras [23]). Y ha contribuido a reducir en grado notorio y elogiabile el formalismo de que hacían gala nuestros tribunales ordinarios, en contra del espíritu global de nuestro ordenamiento jurídico-privado y que provocaba, por añadidura, no

---

(21) SSTC 66/83, 112/86, 77/86. La STC 144/91 dijo «Así pues, la congruencia o incongruencia de la resolución judicial ha de reducirse necesariamente, desde una perspectiva constitucional, a la inadecuación apreciable, entre el *petitum* de la demanda y el fallo de la sentencia, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere pertinente el órgano judicial». En el mismo sentido SSTC 171/93 y 168/2001.

Por su parte, la STC 226/97 afirmó: «la exigencia que el art. 377 LEC impone a quien formula un recurso de reposición de citar expresamente en el escrito la disposición de la LEC infringida no debe exigirse de modo rígido y formalista» (sin embargo, supone un retroceso la STC 64/98, que cree correcto demandar, para la admisibilidad del recurso, la cita correcta y exacta de las normas violadas en relación con infracciones procesales).

(22) Incluso tras formularse, en pos de la doctrina del TC, en veste de principio esa idea en el art. 11, 3 LOPJ, el TC ahondó aún más e indicó que, pese a aludir esa norma a que la subsanación debía hacerse «por el procedimiento legal adecuado», la ausencia de tal procedimiento en la ley ordinaria no podía ser obstáculo para que el tribunal permitiera la subsanación, pues el art. 24, 1 CE le obliga de manera directa (arts. 53, 1 y 9, 1 CE). Las sentencias del TC sobre este aspecto son innumerables: por todas, véase la 90/86.

La nueva LEC ha asumido con pulcritud esta loable aportación (véase su Exposición de Motivos, punto I).

(23) Formulados a veces como «principio en pro del acceso a la justicia», para englobar a los recursos (STC 135/86, por todas) o, en última instancia, como «pro efectividad del derecho a la tutela judicial» (SSTC 90/86, 87/86 y 167/87).

En concreto, aplicaré este criterio hermenéutico clave más adelante para defender lecturas ampliadoras de la legitimación activa de los recursos extraordinarios de nulidad de actuaciones y de revisión (*infra*, sub II.1 y 8, e).

pocas injusticias e insatisfacciones (pensemos en el ritualismo casi sacramental de que se rodeaba el recurso de casación ante el TS o en la barahúnda de sentencias absolutorias en la instancia que se dictaban) (24).

Este, a mi juicio, es en síntesis el valor profundo que tiene el art. 24 CE como atribuidor de un derecho fundamental a todo ciudadano (*uti singulus* o como miembro de entes o grupos, en su caso personificados) (25).

---

(24) Ahora bien, lo dicho en el texto no puede llevar, a mi juicio, en nuestro ordenamiento, a que se defienda el juego del principio anglosajón *remedies preceed rights* (ensalzado por DENTI, op. cit, p. 449, en el marco de la ya mencionada corriente de importación a menudo irreflexiva de todo lo norteamericano). Explicarlo me obligaría a adentrarme en terrenos de fuentes del Derecho, ajenos al propósito de este estudio.

Me parece más correcta la enunciación clásica de CHIOVENDA (que COMOGLIO, op. cit, p. 52, nt 5 reproduce), por la que hay que exigir al proceso «dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e propriamente quello que egli ha diritto di conseguire».

(25) COMOGLIO, op. cit, pp. 6 y 10 lo conceptúa como la visión nueva que exige un Estado social y democrático (la de la acción como derecho cívico sería la propia del liberalismo individualista y la de la acción abstracta la de su involución en autoritarismo totalitario). Analizarlo a fondo nos llevaría extramuros del propósito de este estudio. Mas, sin necesidad de perdernos en regiones de teoría política, cabe, a mi juicio, perfectamente defender lo dicho en el texto.

Mucho más fructífera para los procesalistas y privatistas puede ser la obligación de método que acaso quepa inferir del valor descrito del art. 24 CE. Esto es, que si bien es correcto indicar que ese precepto confiere un derecho fundamental que «despliega su eficacia frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional», o incluso que tiene por objeto una determinada prestación de actividad jurisdiccional (como afirman las SSTC 77/86, 215/77, 223/91 y 160/98), puede ser equívoco caracterizarlo, por esa sola razón, como «derecho fundamental procesal», como hace Díez-PICAZO, Ig, op. cit, p. 24. En verdad, es un derecho procesal en la medida en que tiene por objeto el proceso. Pero, en tanto en cuanto el fin engloba a los medios, es también *un derecho fundamental sustantivo* (esto es, su eficacia en o a través del ejercicio de la función pública jurisdiccional es, primordialmente, para lograr la plena efectividad de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos).

Analizar el alcance del art. 24 CE haciéndolo extrínseco al Derecho privado, supone mutilar a éste de una parte esencialísima de su vida (precisamente aquella en que revela su efectividad real, al sufrir ataque o contestación) y condenar a los privatistas a languidecer caquéticamente con teorías abstractas y a los procesalistas, a ahogarse en su jaula de marfil, por carencia de contacto con los problemas reales que la vida ciudadana depara y que el Derecho privado históricamente detectó y reguló.

En suma, hay que reducir, de una vez por todas, el hiato que durante el S. XX se fabricó entre el mundo sustantivo y el procesal. Me parece modélica la afirmación, en tal sentido, de la STC 141/88: «Ello incide en el derecho a la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, que obliga a una configuración del derecho a accionar ante los Tribunales que garantice su correspondencia entre el mundo de las relaciones sustantivas y el mundo procesal. Como señaló la STC 3/83, el Derecho sustantivo y el procesal son dos realidades inescindibles, apareciendo así las formas procesales estrictamente conectadas con las pretensiones materiales deducidas en el juicio».

b) ¿Es necesaria la cosa juzgada para que la tutela judicial pueda considerarse efectiva?

Son numerosísimas las sentencias del TC que fundamentan el derecho a la cosa juzgada en el mandato que formula el art. 24 CE de que la tutela judicial ha de ser *efectiva* (26). ¿Es plausible este razonamiento desde un punto de vista técnico?

Ante todo, creo preciso efectuar una censura lateral al modo con que el TC suele presentar esa doctrina. En efecto, acaso por una propensión a menudo inmoderada a la pomposidad, expresa su idea de forma incondicionada, sin matices. Y, en mi opinión, hay que partir, aquí como en tantos otros sitios, de que el legislador ordinario cuenta con un ámbito de libertad dentro del cual puede moldear la disciplina del proceso en sus opciones técnicas de muchos modos diferentes. Es decir, es menester invocar el papel de la a veces injustamente olvidada o despreciada política del Derecho, tan esencial, y que no es impedida aquí por la Carta Magna (antes al contrario, pues es la razón primordial de la genericidad con que se expresa el art. 24 CE) (27).

---

*Mutatis mutandis*, formulo la misma advertencia metodológica ante cierta tendencia constitucionalista que, en lo que aquí nos interesa, al examinar el art. 24 CE incurre en exposiciones pseudofilosóficas o sociológicas, de utilidad virtualmente nula, precisamente por no tener en cuenta los problemas reales que una experiencia de siglos ha detectado y tratado, primero en el *ius commune* y, ulteriormente, en el Derecho privado codificado (así, por ejemplo, lo expone sensatamente ALLORIO, «Trent'anni di applicazione del Codice di procedura civile» p. 423, frente a una algarabía ideologizada que, estéril aunque grandilocuentemente, se había apoderado del teatro doctrinal italiano desde finales de los años 60').

(26) La primera sentencia que he detectado con este pensamiento es la 62/84, aunque aún con algunos rodeos. La STC 43/85 ya conecta con claridad desconocer la cosa juzgada a ineffectividad de la tutela judicial, y así, ulteriormente, SSTC 149/87, 12/89, 149/89, 189/90, 242/92, 111/92, 367/93, 314/94, 182/94, 105/94, 19/95, 34/97, 3/98, 106/99, 168/2001, 3/2002 y 135/2002.

(27) A mi juicio, son, con carácter general, poco admisibles técnicamente y, en muchas ocasiones contraproducentes en cuanto a sus resultados, lecturas rígidas de la Constitución, muy habituales tanto desde instancias neo-iusnaturalistas como marxistas o post-marxistas. Poco admisibles, porque, por decirlo suavemente, contrastan con estrictencia con la genericidad deliberada de muchos preceptos constitucionales y, en concreto, del art. 24 CE (que, precisamente, permite tantas interpretaciones, sugerencias y lecturas diversas). Y contraproducentes, porque, a la postre, todas esas visiones, partiendo de una desconfianza ante el principio de mayoría del sistema democrático (que incluso pudiera ser sana como actitud mental inicial), acaban, en sustancia, reteniendo el poder constituyente y haciendo lecturas, bien criptoconservadoras o hagiógrafas del *status quo*, bien «alternativas» y pretendidamente plasmadoras de modelos sociales «más justos», que no suelen ser, en realidad —bajo la presentación como exigencia de Derecho natural (vía Constitución) o de la dinámica inexorable del materialismo histórico—, más

Por poner un ejemplo atinente al punto concreto que estudiamos: el legislador ordinario, sopesando distintos factores (económicos, sociales, etc...), puede, junto a los procesos plenarios (sean ordinarios o especiales), cincelar procedimientos de cognición (y, por tanto, de alegación, prueba y enjuiciamiento) limitados, en los que prevea que la resolución que los ponga fin no produzca el efecto de cosa juzgada (art. 447, 4 LEC). Igualmente puede, como veremos *infra*, *sub* II, 7, disponer que las resoluciones de un orden jurisdiccional puedan producir, en determinadas materias, efecto de cosa juzgada sobre las causas que se hayan de ventilar ulteriormente en otros órdenes (como puede no disponer lo anterior). Por lo mismo, puede regular distintos recursos extraordinarios que quepan aun contra resoluciones judiciales dotadas ya del efecto de cosa juzgada.

Hecha tal precisión, retornemos al interrogante que habíamos formulado. En abstracto, aún cabría darle una respuesta negativa. Así como entidades de crédito y agentes financieros no precisan por lo general de la cosa juzgada en la mayoría de sus pleitos, puesto que logran tutela judicial suficiente a través de juicios sumarios, hubo tiempos históricos en que la tutela de los tribunales no descansaba en cosa juzgada alguna, sino sólo en la fuerza fáctica y/o política de la autoridad que dictaba la resolución (la Corona, nobleza con prerrogativas jurisdiccionales, Iglesia, etc...) (28). Suele también indicarse que el

---

que meros puntos de vista (y acaso obsesiones) personales. En esta materia COMOGLIO, *op. cit.*, p. 7 reconoce que ir captando esto le ha resultado muy dificultoso a la doctrina italiana (acaso por su insoportable «ideologización» reciente).

Cumple indicar que, aun desde ópticas iusnaturalistas razonables, lo señalado en el texto debe y puede aceptarse: el legislador ordinario no sólo puede estar vinculado *per modum conclusionis* (mero desarrollo de lo ya ínsito en el art. 24 CE), sino que puede estarlo también *per modum determinationis* (esto es, dictando preceptos nuevos, eligiendo entre las muchas posibilidades, todas ellas constitucionales, por respetar el núcleo esencial del derecho, que quedan a su prudente arbitrio).

Las SSTC 185/90, 212/91, 110/93, 174/95 y 178/96 exponen muy bien cómo *todo el derecho complejo a la tutela judicial efectiva es de conformación legal*, salvo en su contenido esencial (art. 53, 1 CE). STC 160/98 «Precisamente, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad ejercitable sin más, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establezca dentro del obligado respeto a su contenido esencial. No es, pues, un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional»; STC 108/99: «El derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho de configuración legal, puede tener y, de hecho, tiene, un contenido distinto en los diferentes momentos históricos, al compás de los cambios en la legalidad que lo configura».

(28) Cfr. PUGLIESE, voz *cit.*, p. 759. La propia noción de cosa juzgada y su delicado régimen jurídico romano llegaron a perderse.

(29) Para él, al deber darse siempre primacía a la realidad moral y a la evitación del pecado, por encima de cualquier otra consideración social, una sentencia firme sim-

Derecho canónico, por sus fines y premisas técnico-morales esenciales, tiende a negar el efecto de cosa juzgada a cualquier sentencia (29).

Pero, si consideramos en concreto nuestro ordenamiento actual, creo que la respuesta ha de ser positiva (30). Sin cosa juzgada, la tutela judicial que un ciudadano obtuviera sería poco firme, no teniendo, ni debiendo tener, según nuestra Constitución, nuestros tribunales el poder de que otrora gozaban los eclesiásticos o feudales. Ello significaría que sus derechos e intereses, en teoría definidos formalmente como legítimos, serían, en verdad, inestables y, a la postre, acaso puras ilusiones (31). O sea, equivaldría en la sustancia a una denegación de tutela judicial, cosa vedada *in radice* por el propio art. 24 CE. O, dicho con otras palabras, «sólo así (*i. e.* con cosa juzgada) 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).

Por supuesto, esto supone que doy, en pos de esta línea trazada por el TC, valor normativo a la exigencia de *efectividad* que el art. 24 CE impone a la tutela judicial. Esto es, significa discrepar de quienes creen que tal efectividad no es una prescripción normativa, ni un criterio que pueda ser concebido como norma jurídica, sino, todo lo más, una valoración de la bondad de las instituciones procesales existentes (juicio histórico-político y no valorativo-formal) (32). En mi opinión, la

---

plemente era un dato que pasaba a integrar el *notorium*, pero que podía ser vencido por la confesión de la parte beneficiada, aparte de poder ser siempre rescindido por un tribunal eclesiástico cuando representara un *periculum animarum* o pudiera dar motivo de pecado (por ejemplo, sentencias que condenaran al pago de intereses [*usuræ*] (*denuntiatio evangelica*). Cfr, por todos, DE CASTRO, Derecho civil, II, Ed. facsímil de la de 1952, Madrid, 1984, p. 101, nt 3 y PUGLIESE, voz «Giudicato (storia)», cit, pp. 769-770 y 773 y cita de canonistas en nt 206.

En cualquier caso, incluso si el esquema de prevalencia canónica en materias espirituales —típico del *ius commune*— no se llegaba a aplicar (cosa a que los nacientes Reinos crecientemente se opusieron, claro está), es innegable, a mi juicio, que el *ius civile* de esta época acusa influencia poderosa de la doctrina canónica y, por ello, es frecuente leer que negaba fuerza de cosa juzgada a las sentencias dadas sobre la base de pruebas periciales o de presunciones o de pruebas reprobadas por el Derecho como las ordalías o sobre testimonios o escrituras que luego resultaran falsos (superando la presentación romana como causas de rescisión vía *restitutio in integrum*). También llegó a negar cosa juzgada a la sentencia injusta (con error de Derecho *oculo corporali*).

(30) En contra la mayoría de la doctrina italiana actual: por todos MONTESANO, «Dovuto processo su diritti incisi da provvedimenti camerali o sommari», Riv. dir. Proc. 1989, p. 929 y autores que cita. Con dudas, MENCHINI, voz cit, pp. 407, nt 9 y 428.

(31) STC 207/89: «La satisfacción procesal de las pretensiones tuteladas definitivamente por la sentencia sería platónica».

(32) ALLORIO, «Trent'anni...», cit, p. 425.

dificultad de exégesis y aplicación de ese adjetivo de nuestro art. 24 CE no le priva de su carácter normativo (sólo obliga al intérprete a una muy cuidadosa operación hermenéutica). La lectura según la cual «tutela efectiva» debe, como mínimo, equivaler a una no denegación sustancial de tutela, me parece ajustada a la *ratio* implícita del art. 24 CE. Como, dando un paso más, me lo parece considerar «tutela efectiva» como «realización de los derechos e intereses legítimos materiales» a través del instrumento «proceso civil» (33).

Ahora bien, de esto que he indicado no creo que sea legítimo inferir que el justiciable tiene un derecho fundamental, proyección o vertiente del consagrado en el art. 24 CE, a que no haya sentencias contradictorias, cosa a la que llega el TC en demasiadas ocasiones (34). Porque si la contradicción se da (y en ningún ordenamiento es evitable en grado pleno), hay criterios para que, al menos, alguna de las sentencias en conflicto no sea inútil y, desde luego, sería extremo el caso en que alguna de ellas haya de ser desconocida por completo (35). La contradicción que en verdad me parece lesiva del art. 24 CE es sólo aquella en la que un tribunal se pronuncia divergentemente sobre una situación jurídica que ya ha sido resuelta por una resolución judicial firme (STC 59/96). Y, en ese caso, la lesión procede no de la contradicción entre sentencias, sino, precisamente, del desconocimiento del derecho fundamental a la cosa juzgada en que incurre la segunda resolución (36).

---

(33) Por emplear las palabras, muy significativas, de la STC 34/97. Véase también la EM de la LEC, punto I.

Por tanto, en mi opinión, la clave no radica tanto en la efectividad de la sentencia (a la que, por ejemplo, apuntan las STC 199/90 y 367/93), sino en la *satisfacción real de los derechos e intereses legítimos* cuya protección judicial se solicitó y obtuvo.

(34) STC 367/93: «la efectividad del derecho fundamental de tutela judicial resulta incompatible con la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre una misma situación jurídica»; también STC 135/2002.

(35) La STC 62/84 recalca que no es inconstitucional una mera contradicción entre sentencias. Por su parte, en los supuestos analizados por SSTC 204/91 y 3/94 se observan valoraciones diferentes de los mismos hechos por sendas sentencias que no son reparables por el TC, al no hallar ninguna irracionalidad valorativa o aplicativa (en su caso, se apunta a que el TS debe oficiar como órgano unificador de doctrina). Incluso la STC 59/96 subraya que ni siquiera es un evento anómalo (pudiendo depender en muchos casos del distinto material probatorio aportado por las partes en cada proceso).

(36) No acaban de dar en la tecla técnica correcta las SSTC 62/84, 24/84, 59/96, 190/99 y 151/2001, pues dan amparo porque las resoluciones judiciales ulteriores actuaron de un modo tal «que repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica», aceptando «la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulta que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona

Así entendida la cuestión, se me representa meridiana la vinculación que tiene el derecho a la cosa juzgada con otras facetas o proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial. Me estoy refiriendo, por ejemplo, al derecho a la tutela judicial cautelar, exigida, no sólo para poder ejecutar la eventual sentencia de alguna manera (STC 14/92), sino, más en general, para poder permitir que tal sentencia hipotética no sea, a la postre, ilusoria (véase EM LEC, punto XVIII).

O a la proscripción constitucional de dilaciones indebidas en el proceso, *ex arts.* 24, 2 y 10, 2 CE y 6, 1 CEDH. Por supuesto, la inmensa mayoría de las dilaciones indebidas nada tienen que ver con la presencia o no de cosa juzgada, o con el alcance que tenga una cosa juzgada. Pero la ausencia de cosa juzgada o un alcance insuficiente o débil de la que existiera bien podría, a fin de cuentas, comportar, en una visión global, una resolución indebidamente dilatada del litigio (las *lites inmortales* son un *topos* clásico en el tratamiento de la cosa juzgada, como pesadilla a evitar —SSTC 194/87, 367/93 y 314/94— e igualmente es clásico el adagio de que una justicia tardía equivale a una denegación de justicia) (37).

O, de manera eminente y principal, al derecho fundamental a la ejecutabilidad en sus propios términos de las resoluciones judiciales, que es denominado, acaso en exceso, como «el contenido primario y más evidente del art. 24 CE» por la STC 215/88 (38). Sin duda, no hay

---

fue su autor o no lo fue». Pues la «razón jurídica» es siempre evanescente y no está garantizada de forma directa por la Constitución. La fundamentación que, a mi juicio, procedía dar a esos amparos estribaba, precisamente, en la garantía de la cosa juzgada como faceta o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (más cercanas a esto las SSTC 24/84 y 34/97). Tampoco me parece afortunada la STC 59/96 que hace radicar su amparo, ante un supuesto en todo análogo, en el derecho a una resolución no arbitraria o razonable, afirmando que ello es algo ajeno, en puridad, a la garantía de la cosa juzgada (véase *infra*, I, b, 1, e).

(37) Con todo, evito ser más incisivo en esta reflexión, pues es sabido que el concepto de proceso «sin dilaciones indebidas», tan de moda actualmente, es de muy difícil precisión y, de hecho, de bastante problemática delimitación por el TDH de Estrasburgo y por nuestro TC (y, en particular, en su aplicación a un proceso que no sea penal). Sobre ello véanse SSTC 43/85, 149/89, 185/90, 103/2000 y DÍEZ-PICAZO, Ign, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

De nuevo, pues, discrepo de ALLORIO, *ult. op. cit.*, quien priva de valor normativo a esa prohibición (y lo ilustra con la frase irónica: «applicheremo col tachimetro la legge fondamentale?»). Aduzco la misma razón que antes he alegado para defender la normatividad del mandato constitucional de «efectividad» para la tutela judicial y SSTC 109/84 y 149/89.

(38) De hecho, esta faceta del 24 y la proyección relativa a la cosa juzgada aparecen unidas en un párrafo que el TC, gracias a los servicios que presta hoy la informática, ha repetido inmutado en más de un centenar de resoluciones, desde que apareció

coincidencia exacta entre ambas facetas del art. 24 CE, puesto que puede haber ejecutoriedad sin cosa juzgada (títulos ejecutivos extrajudiciales, resoluciones judiciales que expresamente carecen de efectos de cosa juzgada —cambiarías, posesorias, del art. 41 Lh—, ejecución provisional de sentencias aún no firmes: art. 524 LEC) y cosa juzgada sin que, en sí, pueda llegar a ser precisa la actividad de ejecución de la resolución judicial —paradigmáticamente, las llamadas sentencias meramente declarativas o, en la letra de la LEC actual, las constitutivas (art. 521)—. Pero me interesa recalcar el *continuum* de fundamentación que ambas, en sus respectivos ámbitos y con sus disciplinas positivas concretas, exhiben en su incardinación en el art. 24 CE (39).

en las SSTC 32/82 y 109/84. El párrafo en cuestión es: «Asimismo hemos declarado que una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas».

(39) En mi opinión, está por hacer la tarea de deslindar con precisión el concepto de cosa juzgada y el de ejecución de una resolución judicial. Tengo la impresión de que ni en la jurisprudencia del TC ni en la doctrina hay demasiada claridad a este respecto. Por poner sólo algunos ejemplos:

a) En las SSTC 198/94, 314/94, 178/96 y 1/97 se afirma, de manera impropia, que sólo las sentencias firmes son objeto del derecho a la ejecución.

b) Muchísimas resoluciones del TC residencian el fundamento constitucional de la cosa juzgada en los arts. 117,3 y 118 CE que, en mi opinión, se refieren, entre otras cosas, al derecho a la ejecución, pero no al efecto hoy regulado por el art. 222 LEC (por ejemplo, SSTC 149/89, 207/89, 187/92, 288/93, 90/94).

c) En otras tantas se confunde, en particular, la inmodificabilidad de la sentencia (cosa juzgada formal) con el derecho a la ejecución (por todas, pues son legión, STC 288/93).

d) La STC 111/92 afirma que sólo habrá extensión de la cosa juzgada a terceros si éstos pueden sufrir la ejecución de la sentencia, lo que considero un error, que, por ejemplo, lleva a DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, I, Ed. Lex nova, Valladolid, 2000, p. 1448 a tachar de inconstitucional la regulación vigente de la obligación solidaria, pues, según él, permitiría que el acreedor ejecutara la sentencia obtenida frente a uno sólo de los codeudores, también contra cualquiera de los restantes codeudores, aunque no hubiera sido parte procesal y, me parece, a mi maestro JORDANO FRAGA, en «La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria» ADC, 1997, II pp. 535, 536 y 605, a identificar tendencialmente inejecutabilidad de una sentencia respecto de alguien que no ha sido parte procesal con inutilidad de la misma. En mi opinión, es cierto que, por regla general, una sentencia, aun firme, no puede ser ejecutada frente a un tercero (cfr. excepciones en los arts. 538,2,2º y 517,4º LEC), pero ello no necesariamente ha de implicar su inutilidad, pues podría vincularlo en virtud de su cosa juzgada *ex art. 222 LEC*, que considero cuestión distinta (cfr. *infra* II,8 y, en relación con la obligación solidaria, cuya regulación vigente no considero inconstitucional, véase mi *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Granada, 2002, pp. 398-399). De hecho, recuérdese que ya, según los rudimentos romanos, era diferente el efecto generado por una sentencia sustanciada en la *exceptio rei*

c) ¿Manifiesta la cosa juzgada un derecho fundamental a la seguridad jurídica?

Otras resoluciones del TC han preferido fundamentar la garantía constitucional de la cosa juzgada en un derecho de todo ciudadano a la paz y seguridad jurídicas (40).

Sin embargo, este camino argumentativo me parece endeble y, a la postre, poco operativo. No sólo por lo vaporoso del concepto de «seguridad jurídica» (41), sino, fundamentalmente, porque al estar recepcionado sólo en el art. 9, 3 CE, no es en modo alguno un derecho o concepto protegible *per se* vía amparo por el TC (42) y sí sólo, todo lo más, un principio general informador del ordenamiento (*ex arts. 1, 1 y 1, 4 C. c.*).

Adicionalmente, seguridad jurídica (o «certeza» o «paz jurídica») puede obtenerse por muchas vías técnicas distintas: transacción, arbitraje privado, usucapiones, adquisiciones *a non domino*, prescripción extintiva, caducidad, etc..., que no agotan, en modo alguno, el valor o alcance preciso y singular que, según nuestra Constitución, en la interpretación que le doy, han de tener, como regla, las resoluciones judiciales: eficacia de cosa juzgada.

Cosa distinta es que, en desarrollo de su papel de principio general, la noción técnica de seguridad jurídica «pueda ser útil para esclarecer» algunas de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 165/99 y 84/99) y, en particular, la que tiene por objeto la cosa

---

*iudicatae* y el de dar al actor victorioso la facultad de exigir el cumplimiento de la resolución judicial (*actio iudicati*).

Otro ejemplo de esto que digo se puede ver en la STC 6/97 que, en aplicación del *iura novit curia*, reconduce la alegación del recurrente de infracción de su derecho a la cosa juzgada a una violación de su derecho a la ejecución (siendo así que, en verdad, *se trataba* en efecto de un problema de cosa juzgada, aunque peculiar, puesto que versaba sobre el que hay que reconocer a una resolución canónica de nulidad matrimonial, en virtud de los Acuerdos con la Santa Sede y el art. 80 C. c).

(40) SSTC 147/86, 242/92, 367/93, 350/93 «infringió la certeza y seguridad jurídicas inherentes a la cosa juzgada material que reconoce el art. 24 CE», 15/2002: «En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de cosa juzgada material se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior» y 135/2002.

(41) Véanse, *ad rem*, SSTC 15/86 y 165/99.

Interpreto la «paz jurídica» como un mero sinónimo pedante que en este terreno comparece probablemente por inercia histórica, en pos de giros verbales tradicionalmente adscritos al Derecho canónico (piénsese en la justificación que sigue dándose de los interdictos posesorios, herederos directos de la *actio spoli* canónica).

(42) SSTC 24/84, 12/89, 212/91, 196/91, 195/94, 6/97, 165/99, 84/99, 55/2000, 168/2001, 88/2001, 3/2002.

juzgada. Pero, de ese modo, la fundamentación constitucional de la cosa juzgada vendrá dada por la vertiente esclarecida, no por este factor que coadyuva a su esclarecimiento (43).

d) ¿Es la garantía de la cosa juzgada exigencia del principio de igualdad ante la ley?

No falta en la jurisprudencia poliédrica y voluminosa del TC ni en la doctrina el intento de residenciar la garantía de la cosa juzgada en el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y, por ende, en su aplicación (44).

Pero lo considero igualmente infundado. En mi opinión, lesivo de ese principio sería, en lo que aquí nos atañe, sólo una actuación judicial que tratase jurídicamente unos mismos hechos ya conocidos judicialmente de manera irrazonable o arbitrariamente desigual. Por supuesto, la cosa juzgada veta una actividad de esa índole de un Juez ulterior; pero porque veta más que eso: *recte* impide toda actividad cognitiva y enjuiciadora judicial ulterior sobre lo que sea objeto cubierto por la «autoridad de la cosa juzgada», incluidas aquellas que fueran razonables y legítimas (45).

Hay aquí, pues, un punto de coincidencia, similar al que exhiben dos circunferencias secantes. Pero la finalidad constitucional de la cosa

---

(43) Que, en sí, no sólo ayuda a esclarecer proyecciones o vertientes del derecho consagrado por el art. 24 CE, sino, como se ha indicado, infinidad de instituciones jurídicas, con o sin reconocimiento o garantía constitucional.

Lo dicho sobre un pretendido derecho fundamental a la seguridad jurídica puede reproducirse, *a fortiori*, de un derecho bien fantasmagórico a la confianza de las partes en la inmodificabilidad de la resolución (aludido por la STC 58/2000).

(44) SSTC 189/90, 182/94, 190/99 y 151/2001. En doctrina, ATAZ, op. cit, pp. 44 y 55 y PROTO, op. cit, p. 1239.

(45) Que, como bien saben los profesionales, son la mayoría de las que un Juez puede y suele dictar (incluso sobre los mismos hechos).

Recuérdese, pese a visiones ingenuas, que nadie puede exigir, ni como derecho público subjetivo, ni en tanto que interés legítimo, la total uniformidad en la interpretación y aplicación de las leyes por los órganos judiciales (cfr. SSTC 24/84 y 107/89). Como se dirá a continuación, por encima de esa pretendida posición activa individual se hallaría siempre el valor constitucional de la independencia judicial (SSTC 8/81, 49/82, 52/82, 47/84, monolíticamente seguidas con posterioridad), que incluso llega a dar una cierta libertad al Juez respecto de sus propias resoluciones anteriores (aunque, en ese caso, al Juez que altera su modo de interpretar y aplicar el Derecho cumple exigirlo con rigor motivación satisfactoria —y acaso explícita— de su proceder: SSTC 52/82, 49/82, 2/83, y muchísimas más posteriores). Lo contrario, como indica la STC 100/88, «conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible

juzgada no es eminente o principalmente luchar contra las discriminaciones en la aplicación de la ley —eso tiene sus cauces y preceptos específicos: arts. 14, 53 y 162, 1, *b* CE—, sino, sobre todo, lograr efectividad real de la tutela que el ciudadano pidió y obtuvo de la jurisdicción.

e) ¿Es la cosa juzgada manifestación de un derecho fundamental a la no arbitrariedad judicial?

Este camino no ha sido hollado por el TC, ni tampoco, que yo sepa, por la doctrina. Y, sin embargo, creo que merece la pena detenerse brevemente en él, pues entiendo que ofrece más horizonte y juego que las apelaciones vagas y estereotipadas a la seguridad, paz, certeza o igualdad jurídicas.

Partamos del dato objetivo de que la dotación de eficacia de cosa juzgada a una resolución judicial supone un vínculo para el Juez que la dictó (arts. 207, 3 y 214, 1 LEC) y para cualquier otro órgano judicial (art. 222, 421, 1 y 764, 2 LEC). Esto es, el respeto a las consecuencias que la cosa juzgada genera constituye una de las pautas de comportamiento (*modus procedendi*) que la ley, de forma abstracta y general, impone a cualesquiera órganos jurisdiccionales (art. 117, 1 CE).

Por supuesto, conforme a lo antes expuesto en relación con la seguridad jurídica, no sería correcto afirmar que la cosa juzgada sustancia el derecho individual a no sufrir *arbitrariedad* de los órganos judiciales (arts. 9, 1, 9, 3), ni tampoco combinar la anterior afirmación con un pretendido derecho fundamental a que los órganos judiciales se atengan al principio de legalidad (arts. 9, 1, 9, 3, 10, 1 y 117, 1 CE). Puesto que ni una ni otra «garantía jurídica» son derechos o conceptos protegibles, como tales, *tout court*, vía amparo por el TC (46).

---

evolución en la interpretación del ordenamiento» (que son males que aquejan, por ejemplo, a los ordenamientos de *Common law*). Como dice la STC 242/92, «El juzgador está sujeto a la ley, no a sus precedentes».

Téngase en cuenta también que el análisis de la uniformidad indicada no es en modo alguno competencia del TC: lo es de un órgano judicial peculiar y en virtud de recursos específicos —y, por desgracia, hoy muy mal entendidos— como son el TS [en su caso, ciertos TTSSJJ] y el recurso de casación o por interés de ley —que no afecta a la cosa juzgada—, respectivamente. El TC sólo puede entrar, en tanto que exigencia que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva, en expulsar la falta de motivación o motivaciones irracionales, ilógicas o arbitrarias (por todas, SSTC 58/86 y 100/88).

(46) En relación con el principio de legalidad lo recalcan las SSTC 242/92, 105/94 y 168/2001; con la interdicción de la arbitrariedad, SSTC 55/98 y 168/2001.

Pero, como mínimo, ambas «garantías jurídicas» son principios generales informadores del ordenamiento (arts. 1, 1 y 1, 4 C. c). ¿No nos proporcionan, pues, barruntos confirmadores de que el efecto de cosa juzgada, en los límites en que el legislador ordinario lo cincele legítimamente, integra una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva? (47).

En concreto, a más de las consideraciones que antes desarrollé para defender que la *efectividad* ordenada por el art. 24 CE reclama la cosa juzgada, añádase aquí que, en virtud del punto de vista que brindan los principios citados, ese efecto de cosa juzgada se ve también preciso para que la tutela judicial que el Estado preste sea fundada, motivada y razonable, lo que no sólo es exigencia necesaria para facilitar el control mediante los recursos que procedan, sino que es, antes que eso, un derecho subjetivo fundamental caracterizador de un Estado de Derecho genuino, y que debe reputarse integrado en el derecho complejo del art. 24 CE (48).

Recuérdese que la propia génesis histórica de la noción constitucional moderna de «derecho fundamental» (en su caso, claro está, bajo otras terminologías equivalentes) revela que su cinceladura respondió al anhelo vehemente de poner frontera a la arbitrariedad del soberano, sea éste el monarca absoluto del *Ancien Régime* o el Estado-nación cincelado por la ideología liberal-burguesa. Y que precisamente ese designio fue el revolucionariamente ahondado en las Constituciones de la segunda mitad del S. XX, tras las experiencias de los distintos estados totalitarios que se habían dado —y aún seguían dándose, como bien es conocido—.

De ese modo, la inclusión —como definiendo— de la eficacia de cosa juzgada en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva *también* sirve para que el ciudadano tenga un instrumento jurídico más para evitar los temibles juicios de albedrío o del Cadí (49).

---

(47) Un apunte en la STC 105/94.

(48) Véanse, por todas, las afortunadas SSTC 165/99 y 15/2002.

(49) Tanto los de un juez-estrella, los de un «juez alternativo» o los de un juez sencillamente inepto.

Por supuesto, la Constitución prohíbe la arbitrariedad de todos los poderes públicos (art. 9,3 CE). Pero sólo en impedir la de los órganos judiciales está presente la *ratio* y efectos de la cosa juzgada. Para la de los demás, en relación con resoluciones judiciales, está la obligación constitucional (art. 118) de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales». Véanse también arts. 17,2 LOPJ y 522,1 LEC.

B) Visión desde la «parte orgánica» de la Carta Magna

Me pregunto ahora: ¿tendrá algún entronque la cosa juzgada con la Carta Magna en tanto que conformadora del Estado y de sus órganos —alcance que es acaso el más genuino suyo, como la propia palabra «constitución» connota—? (50)

a) La cosa juzgada como exigencia inmanente de todo orden jurídico

Aquí se ubican numerosos autores, sobre todo procesalistas, con pompa notoria. Sólo a título de ejemplo, cito a MONTELEONE (51), para quien «la cosa juzgada cumple el fin eminente e inmanente a todo ordenamiento jurídico, en cuanto tal, de dar certeza (a una situación o relación). Orden y certeza son elementos indisolubles; en su ausencia, no hay por definición ordenamiento de relaciones humanas (...) justamente la cosa juzgada es uno de los medios, quizá el más significativo, de los que el Derecho se sirve para eliminar la crisis y, por tanto, para reafirmar su existencia y vigencia en el mundo continuamente cambiante de las relaciones humanas».

No puede contradecirse esta afirmación señalándose que Occidente ha sobrevivido en la Historia reciente (en particular, en épocas determinadas de la Edad Media) sin conocer siquiera la noción de cosa juzgada que los romanos habían elaborado. Parece evidente que nuestra Constitución excluye como modo general de solventar los litigios la apelación al poder de notables, caciques o multinacionales, a la sapiencia y autoridad de la Iglesia católica o a órganos autorreguladores en los *corpora* sociales. Se cincela, a tal fin, un poder judicial independiente, sometido únicamente al imperio de la ley (Título VI y, en particular, art. 117 CE). Y esa atribución con exclusividad (art. 117, 3 CE) de la función de resolver los conflictos jurídicos es tan esencial, que es una de las más puras manifestaciones de la soberanía constitucionalmente dibujada (52). Y también puede concor-

---

(50) Y sin perjuicio de que tiene razón la STC 245/91: «teniendo en cuenta, además, que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos públicos subjetivos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva».

(51) Op. cit, pp. 146 y 148.

(52) De modo que el art. 117,1 CE llega a afirmar que «la justicia emana del pueblo».

darse en que resulta intuitivo que en el funcionamiento de ese poder judicial unitario (art. 117, 5 CE) debe existir, como pauta procedimental debida, se mire como se quiera, algo que se asemeje mucho a la noción de cosa juzgada que se ha expuesto *incidenter tantum* en este trabajo (53).

El problema que advierto en ese tipo de razonamientos no es tanto de calidad, cuanto de cantidad. Cuando el discurso jurídico ocupa esas regiones celestes, es claro que se adorna de un *pathos* emotivo que puede resultar edificante, pero, en esa misma medida, se aleja de los ámbitos en que es dable hacer de él una herramienta jurídicamente operativa (54). Pues, concordado en que algo de cosa juzgada debe haber para que el funcionamiento de la Administración de Justicia sea mínimamente eficaz, nos queda aún por resolver la pregunta clave para todo operador jurídico: ¿en qué grado debe haberla? ¿con qué alcance? ¿en qué preceptos constitucionales se funda?

#### b) La cosa juzgada como exigencia de racionalidad y economía procesal

Quienes evitan la tentación del adorno enfático suelen presentar a la cosa juzgada sólo como una exigencia de racionalidad del ordenamiento. Nuestra institución evitaría en gran medida que haya resoluciones judiciales discordantes, ahorra costes, de una parte a los litigantes, pues reduce los pleitos que han de sostener, y, de otra, a la sociedad, pues la Administración de justicia no debe ponerse en marcha —y no es una marcha módica— ilimitadas veces o en una pluralidad de ocasiones para el mismo tema, y soslaya costes de tiempo (dilaciones) (todo lo cual suele ser aludido con la locución «economía procesal») (55).

---

(53) Acaso apuntando a esto hayan de entenderse STC 67/91 «si se permitiera desconocer la cosa juzgada, la inseguridad jurídica sería intolerable» y 16/91 «habría gravísima inseguridad jurídica».

(54) Y ello aunque no degeneren en discurso tertuliano o pseudofilosófico, lo que, por desgracia, como ya he denunciado, acontece a menudo en este campo.

Fue un modo de razonar generalizado con las constituciones decimonónicas, que contenían proclamaciones grandilocuentes de derechos cívicos, que a la postre solían quedar en papel mojado, al no acompañarse de garantías concretas. En efecto, los pocos juristas que se preocupaban por ellos (desde luego, nada los civilistas, en rémora que desde entonces arrastramos) creían a pies juntillas (¡qué ilusos!) que su racionalidad intrínseca bastaba para erradicar sus infracciones.

(55) DE LA OLIVA, op. cit, p. 394; PROTO, op. cit, p. 1239.

Nadie puede, sensatamente, negar que la consecución de estos objetivos late tras el efecto que llamamos de cosa juzgada (56). Mírese tan

(56) Se equivoca gravemente, a mi juicio, MONTELEONE, op. cit, pp. 61 y 152 cuando niega que la cosa juzgada pueda servir a la economía procesal, porque la excepción de cosa juzgada, «comunque la si configuri, non impedisce a chi vi abbia interesse di riproporre un'azione». Para fundar lo cual aduce un pensamiento de SATTA: «il giudice giudica sempre nuovamente perchè nuovo è necessariamente il processo che si instaura davanti a lui, nuova la postulazione del giudizio, ed anche la sussistenza del giudicato non si può stabilire se non attraverso un giudizio, che è necessariamente nuovo» (y también en esta línea de argumentación se mueve VOCINO, «Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile. IV Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi», RTDPC, 1970, pp. 481 y ss, *passim*).

En mi opinión, este autor aún padece el prejuicio decimonónico —del que se dirá *infra*, sub II,2— de sólo aceptar la llamada «función negativa» de la cosa juzgada (baste aquí sólo con pensar que, conforme al art. 222,4 LEC, la excepción de cosa juzgada no siempre debe solicitar la terminación del proceso). Pero, además, aun si permaneciéramos, *per inconcessum*, en lo sólo relativo a esa función negativa, comete, a mi juicio, adicionales errores de óptica. Como no puede ser de otro modo, esa eficacia no consiste en negar *ab initio* legitimación procesal, sino en, presupuesta tal legitimación, negar competencia al Juez para entrar en el fondo de un asunto *que ya ha sido judicialmente resuelto de manera firme*. Ahí radica, precisamente, la obtención de economía procesal. Por otra parte, claro es que, para que el Juez llegue a apreciar la excepción de cosa juzgada, a instancia de parte o de oficio, precisa un análisis previo de los hechos y de un enjuiciamiento global nuevo —por lo que en ello ha de funcionar el principio de alegación y defensa, y conforme a las reglas de la contradicción— (de hecho, la previsión de que apreciar este punto puede a veces ser difícil hace que el art. 421,3 LEC le dé un trato especial). Pero ello en nada impide que la función de la cosa juzgada sea la que es. Se trata, precisamente, de una actividad judicial tendente a comprobar que concurren los requisitos fácticos exigidos por el art. 222 LEC, para conceder o no el efecto que previene: evitar toda actividad cognitiva (número 2) o no entrar en lo ya resuelto en el pleito anterior (número 4) o, si se prefiere expresarlo de manera positiva, repetir, porque está legalmente obligado a hacerlo, en la nueva sentencia lo que ya fue *prejuzgado*.

La apelación, por último, bajo ropaje pseudofilosófico «occamiano» a que nunca el río es el mismo, equivale a afirmar, en la sustancia, que todo el Derecho es una pura ilusión, pues cada acontecimiento de la vida, *rectius*, cada faceta de cada acontecimiento de la vida es única, irrepetible e insusceptible de ser domeñada en norma, canon o medida. La inanidad de esta *boutade*, dada su notoriedad, me lleva a entender preferible hacer gracia de ulteriores consideraciones. Téngase en cuenta sólo que más allá de implicaciones metafísicas (la vieja polémica de los «universales», aquí trufada de lugares comunes del sociologismo jurídico, para el que nunca hay categorías o normas —en sentido etimológico estricto—, sino solo *topoi* y casos concretos), lo importante en el terreno jurídico es la formalización de la realidad que las leyes producen y ahí me parece claro que puede operarse con el concepto de identidad entre hechos que se someten a la cognición judicial para la resolución de una controversia jurídica.

Cuando este mismo autor, *ibidem*, dice, desarrollando sus premisas viciadas, que en verdad nunca puede haber conflicto práctico entre sentencias que valoren los (en apariencia) mismos hechos de forma distinta, bien puede mostrar que, aunque haya escrito mucho sobre el proceso civil, nunca en verdad ha llevado o padecido alguno.

sólo la redacción diáfana del art. 76, 2 LEC (57). Tampoco, en mi opinión, es dable negar que tales fines son de interés general o de utilidad social o que atienen al «bien común» (e inserte aquí cada cual la locución equivalente que le sea más de su agrado). No en vano los principios de rapidez, concentración y economía se han presentado, desde aun antes de la codificación, como generales de la normativa reguladora del proceso (y modelan, desde entonces, en buena medida soluciones concretas positivas sobre competencia, declinatoria e inhibitoria, etc...).

Pero, en mi opinión, desde la perspectiva de nuestra Constitución, presenta una dificultad su formulación como fundamentadores directos del efecto de cosa juzgada. A saber, si bien el proceso civil es, según se ha dicho, un mero instrumento para la defensa de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, es un instrumento que, tanto por derecho fundamental de esos mismos ciudadanos, como por imperativo del Estado de Derecho en que nuestra Constitución nos enmarca, debe discurrir por unos derroteros que respeten unas exigencias formales mínimas (cfr, *retro*, I, B, 1, a). Esto es: en mi opinión, cuantas veces esas garantías que el proceso ha de respetar en todo caso ex art. 24 CE, concurren en conflicto con los *desiderata* de racionalidad, economicidad y eficiencia, aquéllas han de prevalecer y éstos sucumbir. Por ejemplo, si evitar la indefensión exige que una resolución deba carecer de cosa juzgada o pueda ser contradicha por otra posterior, nada podrá objetarse con sólo argumentaciones eficientistas o de pretendida racionalidad jurídica (58).

---

(57) Que ordena la acumulación de procesos cuando entre sus objetos «exista tal conexión que, de seguirse por separado, *pudiesen dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes*». De manera análoga, puede verse el art. 78,1 LEC, que alude a la excepción de litispendencia y téngase en cuenta que entre la excepción de litispendencia y la de cosa juzgada hay una conexión íntima: aquélla es el pródromo de ésta (la manifestación preventiva de aquello mismo que la excepción de cosa juzgada pone de relieve *a posteriori*): GÓMEZ ORBANEJA, op. cit, p. 304; PUGLIESE, voz cit, p. 834, nt 213 y MENCHINI, voz cit, p. 467.

Véanse también arts. 43, 400,2 y 414,1,II LEC y su EM, punto VIII. Asimismo puede repararse en el alcance del art. 1144,i. f. C. c, por lo general muy mal comprendido doctrinalmente hoy. En mi opinión, como he dejado consignado en *Fianza solidaria*, cit, p. 122, esa norma revela que es trazo caracterizador de la solidaridad pasiva que ningún codeudor cuenta con la excepción de litispendencia (ni siquiera condicionada a demostrar que el acreedor no ha acreditado la insolvencia del primer demandado): *ius variandi* del acreedor. Remito a ese lugar para comprender el origen, régimen jurídico y consecuencias de esa disposición.

(58) Con su tono habitual MONTELEONE, op. cit, p. 152: «sarebbe infatti assurdo sacrificare sull'altare della perfezione logico-formale la libertà del giudizio, la libertà dell'azione e le esigenze della giustizia». La S. 55/71 de la CC it. expresamente afirmó que la institución de la cosa juzgada no tiene por fin lograr la coherencia lógico-formal entre las distintas sentencias.

Ahora bien, precisado lo anterior —que es importantísimo—, es menester también tener en cuenta que en nuestro ordenamiento no pueden carecer de toda relevancia los puntos de vista de racionalidad o eficiencia en sentido amplio. De hecho, pueden, desde luego, proporcionar criterios hermenéuticos y aplicativos sobre la cosa juzgada que, siempre con respeto total a los mandatos constitucionales y los de legalidad ordinaria vigentes, nos ayuden a resolver problemas concretos que se presentaren (SSTC 71/91, 84/97 y 165/99) (59).

c) La cosa juzgada como exigencia para evitar sentencias inútiles y del principio de seguridad jurídica

*Mutatis mutandis*, cabe reproducir consideraciones análogas a las que anteceden frente a aquellos autores y sentencias del TC que se limitan a residenciar la garantía de la cosa juzgada en la evitación de

---

(59) Lo cual téngase en cuenta frente a MONTELEONE, op. cit, p. 152; COMOGLIO, *Commentario*, op. cit, p. 37 y «L'incostituzionalità dell'art. 28 C. pp e la decisione *overruling* della Corte Costituzionale», *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 725 y VOCINO, op. cit, *passim*, que los consideran irrelevantes en todo caso.

De todos es sabido que el jurista tradicional —entre los que creo encontrarme—, por su modo de formación y *humus* cultural, tiende, incluso a veces de forma inconsciente, a sobrepujar las exigencias de racionalidad y lógica. También es bien conocido que ese modo de proceder, de manera recurrente a lo largo de la Historia, es diana de invectivas ácidas (piénsese, por ejemplo, en el irracionalismo rampante a principios del S. XX, hágase lo propio con ciertas corrientes postmodernas de contracultura o marxistas y postmarxistas que propugnan aplastar de una vez por todas la «racionalidad burguesa»). Lo que no siempre se tiene claro es que, si bien el Derecho no es sólo racionalidad ni lógica (y, por ello, el jurista que a eso sólo atiende deja de ser a la larga uno verdadero y pasa a convertirse en un «malabarista vergonzante de artículos», en la conocida expresión de CASTRO), es, desde luego, también, *racionalidad y lógica*. Debe todo operador jurídico manejar puntos de vista interpretativos y aplicativos abiertos (económicos, políticos, culturales), pero *siempre con respeto a la racionalidad y la lógica*.

Así es dable encuadrar a la boga actual de elevar la eficiencia económica a nuevo dogma (no sólo jurídico). A mi juicio, esa eficiencia debe siempre manejarse —y, en realidad, raro será el legislador, tanto actual como histórico, que no la haya tenido en cuenta: ¿qué legislador habrá buscado las soluciones más costosas?— pero jamás podrá emplearse en exclusiva o en primacía valorativa. Si así se hace, se incurre en perversión moral y, a veces, en irracionalidad en una perspectiva global. Ha de ser aunada a puntos de vista políticos, culturales, éticos y, por supuesto, conforme a criterios de lógica y racionalidad (que, pese a quien pese, son conceptos más amplios que eficiencia y economicidad).

Lo dicho podría ser de utilidad, en particular, cuando fuera preciso también superar recuperaciones de lecturas añejas del proceso civil (orladas de terminología por lo general anglosajona y llamativa) como instrumento al servicio del solo interés individual (el vino viejo con odre nuevo de Análisis económico del Derecho o del neoliberalismo rampante hoy).

sentencias inútiles o contradictorias (60). Puesto que, por encima de la exigencia constitucional de sentencias útiles o efectivas, está la de sentencias que sean justas (esto es, en lo que aquí importa, respetuosas de todos los derechos fundamentales —STC 63/82—).

De hecho, ningún ordenamiento de cierta civilidad ha presentado a la sentencia con cosa juzgada, no ya como una verdad absoluta y eterna (más que en expresiones metafóricas del tipo «presunción *iuris et de iure* de verdad»), sino ni siquiera como un dato jurídico inmovible: siempre se han regulado y aún regulan recursos para dejar sin efecto determinadas sentencias con cosa juzgada (audiencia al rebelde, recurso de revisión, y los que se mencionarán *infra*, sub II, 1).

No es, pues, la inutilidad *per se* de una sentencia lo que lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y contraviene las exigencias constitutivas de nuestro orden jurídico: es sólo la sentencia inútil sin justificación (61).

Y, para no cansar, dñese de nuevo por reiteradas estas consideraciones frente a quienes fundan, en el marco de la Constitución «orgánica», la institución de la cosa juzgada en la garantía de la seguridad jurídica *ex art. 9, 3 CE* (62).

---

(60) Como expuse *retro*, nts 35 y 36, la inutilidad de una sentencia no debe ser ciegamente identificada con la posibilidad de que esté parcial o totalmente en contradicción con otra, en contra de lo que tantos autores y resoluciones del TC parecen presuponer.

(61) Por supuesto, precisado lo del texto, reitero que la posibilidad de sentencias contradictorias o (parcialmente) inútiles o inefectivas ha de ser un resultado interpretativo a evitar, siempre que sea posible, por seguridad jurídica y por un principio de racionalidad/eficiencia que también ha de informar nuestro ordenamiento jurídico. Es obvio que la cosa juzgada es un «instituto dirigido a impedir la repetición indebida de litigios», como afirma la EM de la LEC, IX o, como también asevera, en relación con su función positiva, pretende lograr «armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos».

Y téngase en cuenta que, aunque el *topos* de la sentencia *inutiliter data* comparezca en el tema de la cosa juzgada siempre en relación con la que se llama su «función negativa» (por razones históricas a las que aludiré *infra* II,2, y por ser la dimensión de nuestra institución más saliente o apreciable *ictu oculi*), ha de jugar, en la misma medida indicada, también para la «positiva» (que de hecho es más frecuente e importante en la práctica). En sentido estricto, ésta no evita —ni puede hacerlo— una segunda sentencia, que, por tanto, en modo alguno es inútil. Pero sí tiende a impedir que haya, en su formación, *cognición* judicial repetida y, por tanto, eventualmente, inútil.

(62) Por todos, en la doctrina, CORTES, en *Derecho procesal*, I,1, Valencia, 1986, p. 492; DÍEZ-PICAZO, Ig, op. cit, p. 46. En la jurisprudencia, SSTC 24/84 y 62/84 «la contradicción entre sentencias firmes vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado» y 67/84, 15/86, 158/87, 148/88, 100/88, 207/89, 92/89, 22/89,

d) La cosa juzgada como exigencia constitutiva de la potestad jurisdiccional y de la independencia judicial

Mayor utilidad presenta, en mi opinión, enfocar la cosa juzgada a la luz del vínculo que crea para todo órgano judicial. En efecto, ese extremo también plasma tanto la sujeción al imperio de la ley que esencialmente modula o delinea todas las atribuciones jurisdiccionales (arts. 9, 1, 9, 3, 10, 1, 53, 1 y 117, 1 CE) (63) como la garantía constitucional de independencia que adorna a todo Juez (*ex art.* 117, 1 CE).

O sea: que una resolución judicial pueda ser alterada por otros órganos —aun superiores— sólo a través de los cauces prestablecidos de los recursos ordinarios y, en su caso, de los extraordinarios que el legislador cincele (arts. 12 y 18 LOPJ) (64) y ello, aun cuando toda la doctrina y todos los *mass media* calificaran a la sentencia como errada, es, como ya se dijo, un derecho fundamental del ciudadano que obtuvo tutela judicial, y, también, es un dato esencial para que todo Juez *iurisdicente* pueda ser considerado independiente y realmente sólo atenido al imperio de la ley.

Hoy, por ejemplo, debería verse, a mi juicio, inconstitucional la implantación hipotética por una ley ordinaria de vías excepcionales por las que el poder ejecutivo o el Monarca o la Iglesia católica pudieran dejar sin efecto sentencias civiles firmes (en cambio, fueron frecuentísimas en los periodos cesaristas del Derecho romano postclásico y justiniano [65] y, en cierto modo, en la época medieval).

---

185/90 «la cosa juzgada es principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica», 16/91, 314/94 y 262/2000.

Podría reflexionarse sobre el *topos* clásico de que la cosa juzgada supone una transacción entre seguridad jurídica y justicia muy citado por la doctrina (por todos, RAMOS, *op. cit.*, p. 626, DE LA OLIVA, *ibidem* y MENCHINI, *voz cit.*, p. 413) y por las SSTC 50/82, 124/84 y 158/87, en relación con el punto clave del recurso de revisión. A mi juicio, tiene más valor que el meramente evocador y muestra que, como afirma la STC 15/86, «no quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la santidad de la cosa juzgada en aras del superior valor justicia».

Téngase también en cuenta la afortunada línea inaugurada por la STC 68/82, en virtud de la cual la seguridad jurídica siempre cede ante los derechos fundamentales.

(63) SSTC 15/86, 149/89, 189/90 y 190/99.

(64) STC 109/84, reiterada luego constantemente (por ejemplo, SSTC 16/91 y 111/92).

(65) Cfr, por todos, PUGLIESE, *voz cit.*, pp. 752-753. Nos ilustra de cómo, por ejemplo, Constantino pidió en una Constitución que no se dirigieran preces al emperador para que anulara sentencias firmes, aunque todo indica que sirvió más bien para poco, dada la dinámica ya «oriental» que había asumido el Imperio romano.

Por lo mismo, que el propio juez iurisdicente deba estar en todo caso a lo dispuesto en la sentencia por él emitida es también plasmación palmaria de su sujeción al imperio de la ley (en concreto, arts. 207, 3, 214, 1 LEC y 267 LOPJ [66]), aparte exigencia dimanada del art. 24, 1 CE, y ello, aunque entendiera con posterioridad que su decisión no se ajustó a la legalidad (67).

### C) Conclusión

En resumen, no creo dable disentir de la jurisprudencia sólida del TC que presenta el derecho a la cosa juzgada como una faceta,

---

(66) Y dejando a salvo, obviamente, las aclaraciones o correcciones de errores materiales cometidos en la redacción de la sentencia, procedentes conforme al art. 214 LEC (con alcance más general, art. 267 LOPJ).

Lo que sucede es que esta salvedad es, como bien se puede intuir, enormemente problemática en la práctica. El TC ha debido dar amparo en reiteradas ocasiones ante pretendidas resoluciones aclaratorias que, en verdad, lesionaban el derecho a la cosa juzgada (SSTC 16/91, 187/92, 22/93, 82/95, 57/95, 19/95, 103/98, 218/99, 108/99, 286/2000 y 262/2000).

La STC 82/95 afirma que el llamado «recurso de aclaración» es sólo impropia-mente un recurso, «que no puede alterar sustancialmente lo que constituye la esencia de la resolución judicial, bien en su fundamentación jurídica o en su soporte dispositivo». Por ejemplo, no pueden por este cauce corregirse errores judiciales de calificación jurídica, ni subvertirse las conclusiones probatorias previamente mantenidas. En cambio, se permite corregir el error material que consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. «Esto es, cuando es evidente que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo».

A su vez, la STC 19/95 da la visión complementaria: «no es ocioso recordar que la protección jurisdiccional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales definitivas y firmes no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial, de cuyo contenido no forma parte el beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial».

Creo que esto ha de ser también tenido muy en cuenta ante los riesgos evidentes (cuando no estragos) que el manejo de la informática comporta hoy (añadidos a los inevitables de la inadvertencia humana).

(67) Sin embargo, puede ya intuirse por qué fundar el valor constitucional de la cosa juzgada en «los fines y principios rectores del proceso jurisdiccional», como afirma la STC 100/88, roza la tautología y me parece insuficiente desde un punto de vista técnico.

De nuevo creo que hay un sugerente *continuum* (aunque no identidad) entre la fundamentación constitucional orgánica de la cosa juzgada y la que exhibe la ejecutabilidad en sus propios términos de las resoluciones judiciales. Cfr. SSTC 15/86, 167/87 y 92/88, entre otras: ambas son importantísimas garantías para el funcionamiento de un verdadero Estado de Derecho.

vertiente o proyección del derecho complejo consagrado por el art. 24 CE.

Pero sí de la mayoría de las fundamentaciones que ese órgano constitucional ha dado del mismo y de las que pueden leerse en sede doctrinal. Como ejemplo adicional, no me parece suficiente decir que la institución de la cosa juzgada se funde en razones de oportunidad práctica (68). A ellas solas responderá la configuración concreta que el legislador ordinario haya hecho y haga en lo futuro de la misma. Pero en su núcleo duro (contenido esencial *ex* art. 53, 1 CE) es algo más: es una exigencia impuesta, tanto por el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE, como por la ordenación de nuestro Estado como uno de Derecho en el que el poder judicial tiene una atribución exclusiva para la resolución de los litigios (título VI de la Carta Magna).

En otras palabras, en los términos desenvueltos puede y debe considerarse una «garantía constitucional» a los efectos que expresa el art. 123 CE (lo que tiene, entre otras consecuencias, la enorme repercusión prevista en los arts. 53, 2 y 161, 1, *b* CE).

Acaso, esclarecida de este modo la cuestión, pueda comprenderse mejor por qué la doctrina medieval discurría de la cosa juzgada en términos de «santidad». Omítase el valor ponderativo, que ni quita ni pone, aun cuando parezca inevitable en todo lo humano (y de hecho comparece también hoy, larvada u ostentosamente, en lectores de la Constitución en clave neo-iusnaturalista y/o de «análisis alternativo»). Omítase también la referencia religiosa, tan lógica en aquella época como la que hoy se suele hacer a valores políticamente correctos caracterizadores de la «progresía» oficial o del «neoliberalismo» a la moda. Tras apartar la ganga con que cada tiempo viste a su santo, y no siendo en época medieval viable referencia alguna a un soporte constitucional (en el sentido jurídico actual del término), nos queda, precisamente, el valor fundamental, tanto en perspectiva individual como constitutiva del ordenamiento jurídico, de la institución de que nos ocupamos (69).

(68) Como, por ejemplo, afirma DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 394.

(69) Y, precisamente por ello, es una expresión que sigue siendo usada a discreción por nuestros Tribunales y, en especial, por el TC (SSTC 41/81, 108/85, 56/85, 15/86, 167/87 y tantas otras).

Por esa razón, la crítica a esa locución que hacen DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, II, Barcelona, 1988, p. 163 y DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 395 —e incluso la propia EM de la LEC, que despectivamente la moteja de «tópica»— me parece excesiva. Nunca ningún jurista creyó en el valor sacramental de la cosa juzgada y sí, en cambio, en la valencia meramente retórica de la expresión (¡pero la retórica no

Puede acaso comprenderse ahora por qué procesalistas modernos siguen denominando a la cosa juzgada «la meta» de todo el procedimiento, «el fin último y momento decisivo de todo el *processus iudicis*», «la verdad última de la institución (el proceso)» o «el principal efecto del proceso» (70).

Y quizá puede también alcanzarse a penetrar por qué el propio constituyente optó por redactar el art. 161, *a in fine* CE en estos términos: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, *si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada*» (cfr. art. 40, 1 LOTC).

### III. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LO EXPUESTO EN PUNTO A CONCEPTO Y REGIMEN JURÍDICO DE LA COSA JUZGADA

#### 1. Naturaleza jurídico-pública

Lo expuesto hasta aquí revela que la cosa juzgada es un efecto jurídico público, propio y privativo de determinadas resoluciones jurisdiccionales (71).

Eso supone que los privatistas debemos despojarnos de una vez por todas de los resabios que, en punto a cosa juzgada —y no sólo para con ella, claro está!— aún quedan, derivados de concebir al pro-

---

es siempre inútil en el saber y praxis jurídicos!). Como dicen las SSTC 314/94 y 229/2000: «cuya santidad en un lenguaje hoy obsoleto refleja, no obstante, con gran expresividad el respeto absoluto que merece en un Estado de Derecho» (de lo que, por supuesto, al bajar al lenguaje técnico, habría que eliminar el adjetivo «absoluto»).

(70) J. GOLDSCHMIDT, *apud* DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, op. cit, p. 159; MONTELEONE, op. cit, p. 150; RAMOS, op. cit, p. 626 y SERRA, ult. op. cit, p. 422, respectivamente. La STC 185/90, como ya he expuesto, califica a la cosa juzgada «como principio esencial del proceso».

(71) Aun cuando no llevaran, en su caso, el nombre de sentencias (GÓMEZ ORBANEJA, op. cit, p. 293, que ponía como ejemplos bajo la legislación anterior los pronunciamientos basados en la renuncia a la acción por el demandante o en el allanamiento del demandado).

Por otra parte, creo que hay que negar el efecto de cosa juzgada a actos judiciales que, aun llevando el nombre de sentencia, no fueran en verdad solventadores de forma contenciosa de disensiones jurídicas. Así lo estimo respecto de cualesquiera manifestaciones de la llamada «jurisdicción voluntaria», que no es tarea propiamente jurisdiccional (cfr. SSTC 141/88 y 114/97).

Por lo mismo, no entra en el concepto estricto de cosa juzgada del que aquí discuro la que el art. 164,1 CE confiere a ciertas sentencias del TC.

ceso civil como un tipo más de contrato privado, similar al de transacción o arbitraje. Por ejemplo:

i) No hay, estrictamente, disponibilidad privada sobre ella. No cabe renunciarla ni pactos que modulen sus efectos (arts. 6, 2, 1255 C. c, 19 y 21, 1 LEC) (72).

ii) Es necesario superar el hechizo de los términos que emplean los arts. 1816 C. c y 37 LArbP y comprender que son sólo una mera inercia histórica, hoy sin más valor que el metafórico (73). El efecto de cosa juzgada verdadero es predicable sólo de resoluciones jurisdiccionales (véase una caracterización correcta de la transacción en el art. 415, 2 LEC).

Lo cual también debe ser tenido en cuenta al analizar la corriente que enaltece hoy al arbitraje privado, nacional o «internacional», equiparándolo al proceso civil. Podrá gustar más o menos esta vía de resolver conflictos, uno podrá o no defender a agentes fuertes del comercio supranacional —son opciones personales legítimas—, pero no me parece viable, con nuestra Carta Magna en la mano, poner en el mismo plano a un laudo y a una sentencia judicial (74).

---

(72) MENCHINI, voz cit, p. 467; PUGLIESE, voz cit, p. 834. El propio POTHIER, *Traité des obligations*, facsímil de la edición de 1825, Barcelona, 1974, n. 239 la consideraba ya un efecto de orden público y no de interés privado.

Distinto es, claro está, que los particulares vinculados por el efecto de cosa juzgada puedan, *tras producirse éste*, desplegar su autonomía privada en la forma admitida por el ordenamiento (por ejemplo: puedo ceder el derecho que la sentencia me ha reconocido a la parte que sucumbió en el juicio, pero lo haré siempre en *virtud de un negocio jurídico nuevo*, que —sigo con consecuencias sólo ejemplificadoras— habrá de tributar, bien en el ITP, bien en el Impuesto de Donaciones, según se haya hecho a título oneroso o gratuito (bien FAZZALARI, voz «Processo civile», EdD, XXXVI, Milán, 1987 p. 194). Véase también art. 2.a, b y c LArbP.

(73) Esto no suele ser aún entrevisto con nitidez. Así, por ejemplo, se cree generalizadamente que la alusión de los arts. 1835,II y 1839,II C. c a la transacción supone una regulación *especial* respecto de cualquier otra novación modificativa que se pactare, posiblemente por asimilar la transacción a una sentencia firme (por todos, DíEZ PICAZO, *L Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed, Madrid, 1993, p. 228; PUIG FERRIOL, «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro homenaje a ROCA SASTRE*, vol. II, Madrid, 1976 p. 476). Y esa visión no es correcta por lo dicho en el texto: véase también *ad rem* mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 361-362 y 392, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2, 7ª ed, Barcelona, 1982 p. 407 y SERRA, ult. op. cit, p. 424.

(74) Aquí remito al que considero magnífico estudio de DE CASTRO «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*», ADC, 1979, pp. 619-725, que, pese a su lucidez, no ha sido muy tenido en cuenta. A mi parecer, *mutatis mutandis*, sigue estando hoy plenamente vigente (pues creo que aquí —y no sólo aquí!— el Maestro se adelantó con mucho a su tiempo).

Por lo dicho, no me parece afortunada la STC 43/88, que denomina al arbitraje privado una «institución *jurisdiccional*», ni tampoco la STC 288/93, que afirmó que «la

Consecuencia adicional de lo que se expone es que la cosa juzgada debe ser una circunstancia que, en cualquiera de sus funciones, pueda ser apreciada de oficio por el Juez. Hay, pues, que dejar atrás la visión clásica que, en virtud de una lectura «liberal-dogmática» de los principios dispositivo y de congruencia, sólo admitía su apreciación a instancia de parte (equiparándola a la de prescripción, compensación y tantas otras) (75). Por ello, me parece impecable el tratamiento que a este punto dan los arts. 414, 1, II, 416, 1, 2ª y 421 LEC. Ahora bien, con dos precisiones importantes:

i) Para evitar toda posible indefensión, vetada por el art. 24 CE, creo que es obligado para el legislador ordinario prevenir que, antes de que pueda el Juez apreciar la cosa juzgada de oficio, se permita a todas las partes alegar al respecto y, en su caso, probar, con respeto al principio de contradicción. Creo que esto también ha sido bien desarrollado por la nueva LEC (76).

---

inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable de los laudos arbitrales, pues son un *equivalente jurisdiccional*» (con cierta confusión entre el efecto de cosa juzgada y la acción de cumplimiento de un contrato). La locución «equivalente jurisdiccional» se ha propalado, mal que me pese (SSTC 174/95, 12/98 y 62/91), aunque su uso en la última de las sentencias citadas perseguía una finalidad bien distinta (buscaba, en el marco de un conflicto de competencias entre el Estado y Cataluña y País Vasco, la tecla que permitiera dotarle de una regulación unitaria para todo el territorio nacional, obviando los problemas que suscita el art. 149,1,8ª CE).

(75) Postura aún común en la doctrina francesa, salvo la opinión aislada de AUBRY/RAU (*apud* PUGLIESE, voz cit, p. 794) y que es mayoritaria en la italiana (en su caso, algunos aceptan sólo lo indicado en el texto para la función negativa, pero no para la positiva, lo que es aún más incongruente).

Defienden lo del texto RAMOS, op. cit, p. 631, DE LA OLIVA, op. cit, p. 418, PUGLIESE, voz cit, pp. 832 y 834 y MENCHINI, voz cit, p. 467.

(76) Obsérvese que no procede nunca inadmisión de la demanda por cosa juzgada (art. 403,1 LEC), y que se ordena que su apreciación se haga bien en la audiencia previa, si es el juicio ordinario (art. 421 LEC), bien en la vista, en el juicio verbal.

Esto ilustra, en mi opinión, un saludable (y debido, constitucionalmente) alejamiento de aquel proceso totalitario de la primera mitad del S. XX —al que se llegó en buena medida desde el autismo procesalista— en el que el Juez civil funcionó casi como un Juez penal, supraordenado a las partes, con merma de sus derechos y garantías y un rosario adicional de implicaciones político-sociales execrables (véanse puntos II y VI de la EM de la LEC).

Y también, hay que recalcarlo, un no menos saludable alejamiento (posible, constitucionalmente) respecto del proceso civil decimonónico, en el que estaba vetada toda actuación de oficio del Juez, al entenderse lesiva de la autonomía privada de las partes (aún hoy así se siguen manifestando numerosos autores, pero, sin perjuicio de que cada caso concreto deba examinarse cuidadosamente a la luz del art. 24 CE, sostener eso como regla me parece un anacronismo: nada más lógico hoy que imponerle al Juez el deber de dirigir técnicamente el proceso, como recalcan la EM de la LEC, punto I y SSTC 164/92 y 114/2001).

ii) Lo dicho no empece que el legislador ordinario opte por permitir que la cosa juzgada sea *también* una excepción oponible a instancia de parte. De hecho, incluso parece armónico con una concepción moderna del proceso civil en la que sus partes siempre pueden colaborar con el desenvolvimiento de ese servicio público tan especial (y esencial) y, desde luego, es lo más práctico (77).

Una última consecuencia de la fundamentación constitucional que estimo tiene el efecto de cosa juzgada, es que una aplicación indebida, irrazonable o arbitraria o no aplicación, siendo debida, de las normas que lo disciplinan puede ser fundamento de los siguientes recursos (aparte quedando, claro está, el ordinario de apelación):

i) El extraordinario de nulidad de actuaciones en los términos que expone el art. 228 LEC (78).

ii) El extraordinario por infracción procesal; en concreto, por violación de las normas reguladoras de la sentencia y del art. 24 CE (art. 469, 1, 2º y 4º LEC) (79).

---

Como principio general, el art. 24 CE sí creo que impone que, antes de una apreciación de oficio, sea sobre circunstancias preliminares o prejudiciales, de hecho o de Derecho, debe el Juez dar audiencia a las partes y permitirles íntegras facultades de alegación y prueba al respecto, de conformidad con el principio de contradicción, para respetar el derecho de defensa (cfr. SSTC 87/86, 215/89 y 15/86). Creo que a tal directriz responden los arts. 282, 287,1,II, 306,1, 414, 416 y 752,1 LEC y la regulación de las facultades judiciales para combatir los ardides temerarios o con simple ánimo de dilación que las partes tramen. Igualmente, está en esta línea la supresión en la LEC de las complejas diligencias para mejor proveer, que habían permitido en la aplicación de la LEC anterior, tras su reforma de 1984, actividades del tribunal que mermaban el principio de igualdad de armas de las partes (véase el punto X de la EM de la LEC).

(77) Perspectiva ésta enfatizada por DE LA OLIVA, op. cit, p. 418 (suelen ser las partes, en tanto que afectadas, las que mejor conocen la existencia de resoluciones judiciales previas y su alcance: STC 204/91).

(78) En concreto, me parece que esta vía puede ser muy útil para terceros que, sin ser convocados al juicio y sin haberlo conocido de manera excusable en tiempo útil, queden vinculados por la cosa juzgada de la sentencia. Cfr. *infra*, Cap. II,8.e.

(79) La posibilidad de que el TS, al conocer un recurso de casación, o el órgano de segunda instancia, al hacer lo propio en apelación, apreciaran de oficio nulidad de actuaciones por infracción del efecto de cosa juzgada, si bien podría defenderse *ex art. 238,2 LOPJ*, parece excluida *in radice* por los arts. 227,2,II y 465,4 LEC.

Soy consciente de que el régimen de recursos instaurado por la LEC es diana de críticas doctrinales muy duras, que incluso lo motejan de inconstitucional (algunos entienden lesivo del art. 24 CE el que no puedan acumularse los recursos por infracción procesal y de casación, ni ejercerse uno tras el otro, así como se duda de la conformidad con la Carta Magna de la atribución de la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal a los TTSSJJ, dada la superioridad que cincela para el TS el art. 123 CE —aspecto éste que no ha entrado aún en vigor—). Por todos, véase con este parecer MORENO CATENA, Prólogo a *Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001, de la editorial Tecnos. Pero el estudio de tales aspectos exceden del objeto de este trabajo.

iii) El de amparo, conforme a los arts. 53, 2, 161, 1, *b* CE y 44 y 46 LOTC (80).

Ahora bien, ser efecto jurídico-público no quiere decir ser efecto sólo procesal, como predica nuestra *communis opinio* doctrinal (81). Mucho menos significa que no guarde relación con el Derecho privado. La explicación de la cosa juzgada puede bien, en el reparto administrativo-universitario actual de materias docentes, corresponder a la asignatura «Derecho procesal». Pero, como he indicado, la cosa juzgada es plasmada en nuestra Constitución como un derecho fundamental de todo ciudadano, y éste lo ostenta, precisamente, como vehículo e instrumento para lograr *efectividad* para todos sus derechos e intereses legítimos. Esto es, es un medio clave para la protección en general de su *status* de ciudadano, incluyendo esencialmente a su autonomía privada. Y, por tanto, ya desde esta óptica entra de plano en el Derecho privado.

Y aún más entra en él porque, se mire como se quiera, el efecto de cosa juzgada incide en las propias relaciones privadas enjuiciadas por la sentencia y cubiertas por su «autoridad» (82).

---

En cualquier caso, entiendo que hay que ser muy cuidadosos al formular pretendidas máculas de inconstitucionalidad en este punto, puesto que, de manera inobviable, el legislador ordinario cuenta con una amplia libertad de configuración del régimen de recursos. Consúltense las, en principio, atendibles consideraciones que desenvuelve el legislador en la EM de la LEC, punto XIV y recuérdese lo dicho *retro*, nt 4.

(80) Por supuesto, hay que tener en cuenta que: i) es doctrina firmísima del TC (comenzada, me parece, por la S. 242/92) que «compete al órgano jurisdiccional determinar el alcance que ha de atribuirse a la cosa juzgada en un concreto proceso, determinación que ha de ser respetada en esta sede de amparo siempre que se haya efectuado sin incongruencia ni arbitrariedad» y ii) que cuando la violación denunciada y comprobada sea una apreciación indebida de una excepción de cosa juzgada negativa —esto es, como óbice procesal—, la lesión al derecho de cosa juzgada queda externamente absorbida por una lesión del derecho de acceso a la jurisdicción (STC 40/96).

(81) Por todos, CORTES, *op. cit.*, p. 492 y en gran medida DE LA OLIVA, *op. cit.*, pp. 395 y ss, lo que acaso explique algunas palabras en tal sentido de la EM de la LEC, punto IX.

Suele remontarse el inicio de la «teoría procesal» de la cosa juzgada a HELLWIG, BINDER y STEIN, aún con el brillo espectacular de la escuela pandectista (cfr. PUGLIESE, voz cit, pp. 790 y 828). Y fue importada y desarrollada en Italia por el gran CHIOVENDA, seguido en la actualidad, con todas sus consecuencias, por FAZZALARI, voz citada y voz «Tutela giurisdizionale dei diritti», EdD, XLV, Milán, 1992, *passim* (de donde quizá beban, dados sus cauces nutricios habituales, nuestros procesalistas).

(82) No en vano el TC habla con reiteración de «efectos ulteriores materiales de la cosa juzgada» (SSTC 214/91, 97/91, 242/92, 229/97 y 122/98) y de la «intangibilidad de las situaciones jurídicas en las sentencias declaradas» (y es imposible citar la legión de resoluciones que contienen esta frase).

Como es bien sabido, la expulsión del Derecho privado de los efectos jurídico-públicos, de las normas imperativas y de los intereses generales o supraindividuales sólo aconteció en una determinada etapa histórica, muy circunscrita por lo demás (liberalismo individualista extremo, y su Derecho civil para robinsones crusoos, sólo conformado por normas dispositivas y apendicular de la autonomía de la voluntad), y hoy por completo superada (83). Un Derecho privado moderno, atenido al dato constitucional que nos rige, sin desdeñar el carácter jurídico-público de la cosa juzgada, la contempla, desde su interior, para explicar, en general, la índole de toda posición jurídica activa individual (que goza siempre de tutela judicial efectiva) y, en particular, los efectos que para la relación jurídica enjuiciada supone una sentencia judicial firme de fondo (84).

Por otra parte, ya he consignado que creo que la visión del proceso como una jaula, inmune a la contaminación que la vida exterior le pudiera infligir, está periclitada en lo ideológico y es rechazada por nuestra Constitución. El proceso civil, como expuse, es un «instrumento» de los ciudadanos, esto es, en principio, una «cosa privada»,

---

Cuanto se afirma bien podría también ser útil para replantear la *vexata quæstio* de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada («teoría sustancial» *versus* «teoría procesal») desde ópticas correctas (conformadas a los dictados de nuestra Carta Magna), que permitieran extraerle gran utilidad, superándola. Pero opto por no abordar aquí tal tema, porque su dificultad y su tono marcadamente teórico embarazarían en exceso este estudio. Me limito, pues, a las pinceladas trazadas en el texto.

(83) Pese a que la boga neoliberal actual parezca creer en lo contrario.

(84) Es latiguillo actual recalcar cuánto ha cambiado al Derecho civil nuestra Constitución y cómo ésta es la norma primaria del Derecho privado. Pero, a la hora de la verdad, me parece que la doctrina civilista, con contadas excepciones, aún no se ha puesto a la altura de las circunstancias. Sea por inercia, por escasa calidad, o por otras razones aún más profundas, la Constitución sigue poco presente (si omitimos la inclusión de los estereotipos indicados y algunos otros más) y eso, entre otras causas, nos está llevando a terrenos de historicismo, pseudofilosofía o análisis ramplón y repetitivo de detalles practicones; en suma, a una suerte de arrumbamiento caquético. Por poner sólo un par de ejemplos:

i) La mayoría de las incursiones civilistas en terrenos de instituciones constitucionales versan sobre el derecho de propiedad, ora con enfoques *démodés* de impronta marxistoide o post-marxistoide o —sencillamente la otra cara de la misma moneda— «liberal-conservadores», siendo así que hoy ese derecho ya no ostenta sociológicamente el valor otrora clave en la determinación del poder político y social.

ii) Siguen irrumpiendo, sin pausa, estudios civilistas sobre la causa, problemas de voluntad declarada y voluntad interna, noción de orden público y buenas costumbres o sobre el negocio jurídico o la autonomía privada en general —esto último menos—. ¿No es hora ya de que estos temas se aborden, también por nosotros civilistas, desde una premisa *constitucional*? Y, por supuesto, no me refiero a que se citen sólo los arts. 10, 33 y 38 de nuestra Carta Magna.

aunque en él subyazca, claro está, un vehementísimo interés público, que lo convierte, en sus elementos mínimos formales, en mimbre integrante de la «constitución orgánica» de nuestro Estado (85).

2. *Unitariedad: cosa juzgada positiva y negativa; ¿cosa juzgada secundum eventum litis? ¿cosa juzgada secundum naturam litis?*

Con la fundamentación constitucional dada, la cosa juzgada ha de verse como un efecto unitario. Ello tiene tres implicaciones, en mi opinión, fundamentalísimas:

a) Las llamadas funciones positiva y negativa de la cosa juzgada deben ser consideradas meras manifestaciones de un mismo efecto (86). Lo que no quita que, a fines técnicos operativos, el legislador ordinario, siguiendo dictados de lógica práctica, bifurque el tratamiento que el Juez debe dar a una función y a otra (cfr, de nuevo, el reiteradamente citado art. 222, 2 y 4 LEC), ni impide que, en casos extremos, sólo pueda jugar la llamada cosa juzgada negativa (87).

Esto me parece de importancia máxima. Puesto que aún en nuestra doctrina y en el TC se tiende a sobredimensionar la faceta de la llamada cosa juzgada formal y, dentro de la material, la sola función negativa, marginando, despreciando o capitisdiminuyendo la función positiva (88). Ello no sólo me parece contrario a los datos constitucio-

---

(85) Esto es esencial para comprender que en absoluto hay contradicción (más bien, todo lo contrario) entre el valor constitucional descrito del proceso civil y que, como regla, quede regido por los principios de disposición y de aportación de parte (por ejemplo, COMOGLIO, *Commentario*, cit, p. 44, nt 6 sigue siendo muy impreciso al decir que el juego de tales principios acaba por relativizar el perfil publicista del proceso).

(86) PUGLIESE, voz cit, p. 822; según TROCKER, «I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)», Riv. dir. Proc, 1988, p. 56, es hoy *communis opinio* alemana. Véanse, al menos nominalmente, las SSTC 15/2002 y 135/2002.

(87) DE LA OLIVA, op. cit, p. 408: cuando la sentencia firme únicamente contiene pronunciamientos desestimatorios y sus fundamentos son enteramente negativos (por ejemplo, no se han probado unos hechos, alegados como fundamento de la pretensión).

(88) En la doctrina pueden consultarse, por todos, CORTES, op. cit, p. 492 y DE LA OLIVA, op. cit, p. 396.

Entre las numerosísimas resoluciones del TC que padecen de esta afección pueden verse SSTC 159/87, 21/82, 189/90 «reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme», 16/91, 242/92, 34/93, que incluso expone la justificación publicista tradicional de la cosa juzgada: «desde el mismo instante en que el fallo de ésta devino firme, todos los juzgadores pierden la potestad de volver a enjuiciar el litigio entablado», 190/99 y 55/2000.

nales y aún de legalidad ordinaria vigentes. Es que propicia que se den lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva y en número no escaso, pues la llamada cosa juzgada positiva o prejudicial es de juego muchísimo más frecuente en la vida práctica que cualquier otra faceta de la cosa juzgada (89).

Por tanto, me parece perentorio superar la identificación casi unánime que hace el TC (en pos de nuestra *communis opinio* doctrinal) de la cosa juzgada constitucionalmente protegible con las solas inmodificabilidad de la resolución judicial —STC 16/91— (o inconvencionalidad —STC 77/86—, intangibilidad —STC 15/86—, definitividad —STC 94/87—, inatacabilidad —STC 159/88—, irrevisabilidad —STC 56/91—, inalterabilidad —STC 288/93— o invariabilidad —STC 19/95— [90]). Ese aspecto es el cubierto por la «cosa juzgada formal» o firmeza y es, precisamente, el que menos interés teórico y *práctico* suscita (puesto que casi todos sus problemas pueden ser resueltos desde la óptica del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, no casualmente tan mal deslindado de la garantía constitucional de la cosa juzgada) (91).

---

(89) Además de frecuente, es de juego más dificultoso y delicado que el de la cosa juzgada negativa. De hecho, en nuestra legislación civil vigente, tras una aparente definición límpida (art. 222,4 LEC), los problemas concretos concitados son gravísimos: ¿qué se ha de entender por «antecedente lógico de lo que sea objeto de un pleito» (expresión empleada también por la STC 151/2000)? Digamos, simplemente, para rebajar la preocupación, que no muy diferentes eran los problemas que desde hace más de veinte siglos se discuten en torno al concepto de *prae-iudicium*. Véase también STC 171/91.

A este propósito, aprovecho para señalar que el término *prae-iudicium* se ve en D. 44,2,1, 49,1,4,4; D. 25,3,5,9 y C. 7,56,4 y que con él se indicaba cualquier cosa —desde luego, a menudo una sentencia— capaz de influir en un juicio sucesivo (PUGLIESE, voz cit, pp. 743, nt 67 y 750, nt 95 y arts. 34,2,III y 35,2,IV LEC). De ahí surge también la máxima *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, que, en mi opinión, a menudo comparece también deformada en la doctrina actual (cfr, *infra*, nt 241).

Por sólo poner un ejemplo real: la STC 55/2000, al considerar que sólo la firmeza de la sentencia integra el derecho complejo del art. 24 CE, rehúsa entrar en el análisis de un problema alegado por el recurrente de cosa juzgada material positiva (infringida por la jurisdicción), afirmando que era uno de mera legalidad ordinaria (y perpetuando, pues, una injusticia).

(90) O cualesquiera otros sinónimos que, en el uso de la riqueza lingüística de nuestro idioma, se puedan aún emplear (pienso en «irretractabilidad», «incontestabilidad», etc...).

(91) El désenfoque que comentamos tiene raíces muy hondas. En síntesis, es alimentado al unísono por dos corrientes técnico-ideológicas en apariencia opuestas:

i) La visión decimonónica liberal fundaba el efecto de cosa juzgada en la *consumción* de la acción concreta ejercitada (ya sea ésta entendida, como aún ocurre de forma minoritaria, como posición activa subjetiva primaria [al modo romanista o anglosajón], o lo sea como el propio derecho subjetivo en pie de guerra, en la conocida imagen de

Y, de ese modo, creo igualmente perentorio, como correlato, tomar consciencia de que la cosa juzgada constitucionalmente garantizada es mucho más que lo anterior: es, sobre todo, que lo que pasa en autoridad de cosa juzgada haya de ser vinculante para el futuro (como espléndidamente enuncia el art. 222 LEC). Pues esto es clave para captar plenamente el alcance que ha de tener el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y carente de todo asomo de arbitrariedad y

WINDSCHEID). De hecho, la terminología clásica es, para cuando juega la cosa juzgada, que «la acción está consumida o extinguida»; cuando no ha de jugar, que «la acción está imprejuzgada» (fraseología que aún es empleada copiosamente por la jurisprudencia. Por ejemplo, SSTC 159/87, 15/2002 y 135/2002). Suele indicarse que este planteamiento está condicionado por el efecto endiablado consuntivo o preclusivo que producía la *litis contestatio* romana, aunque a mí me parece que su fundamento real era la armonía que exhibe con los planteamientos del Derecho liberal individualista (la cosa juzgada como efecto voluntario, negocial, libremente querido por el titular de la acción, pues libremente ejercitó ésta y por el sujeto contra quien se ejercitó, desde que contestaba a la demanda). De hecho, es un tema que excede claramente este estudio indagar por qué durante el S. XIX los pandectistas y primeros procesalistas difundieron esta lectura histórica como dato inconcuso, siendo así que sólo corresponde a una fase —la clásica, más reconstruida que conocida— del Derecho romano, e ignoraran que en la evolución posterior de aquel ordenamiento la *litis contestatio* acabó siendo sólo un recuerdo y la cosa juzgada tuvo un desarrollo mucho más rico y complejo. Me limito a indicar que ese sobredimensionamiento de un Derecho romano clásico bastante «descontextualizado» y en gran medida «conjeturado *ad hoc*» no se dio sólo aquí, sino que fue proceder bastante general de los juristas del XIX (baste con esto para poner entre paréntesis muchos lugares comunes históricos que, de forma poco controlada, comparecen en nuestra doctrina procesal: por todos, CORTES, op. cit, p. 491).

En esta concepción del proceso civil como «propiedad de las partes», teatro para que éstas desplieguen libérrimamente sus respectivas voluntades autónomas, no hay lugar para la cosa juzgada positiva. Todo el interés doctrinal, en suma, se ciñe a analizar la acción concreta que se había ejercitado y compararla con la que ahora se ejerce: sólo si la acción es la misma, es pertinente la *exceptio rei iudicatae*.

ii) Por otra parte, la corriente procesalista ultrancista (o autista) que cuaja a principios del S. XX llega a resultados similares. Al recalcarse que lo que se llama «cosa juzgada» no es sino el efecto procesal de la preclusión de toda vía de recurso (irretractabilidad, inmodificabilidad del mandato judicial), acaba por no darse peso a la posible influencia de la cosa juzgada de una sentencia (por supuesto, inmodificable) en un juicio futuro (por todos, esta visión, originaria, según parece, de HELLWIG, la podemos ver en LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, 1935; FAZZALARI, voz «Tutela», cit. p. 406 y voz proceso, pp. 159 y 189 y MONTELEONE, op. cit, pp. 61-62 y 136; algún eco en DE LA OLIVA, op. cit, p. 396, que se confiesa seguidor vehementemente de la «teoría procesal» y blande inectivas poco moderadas contra cualquier contradictor).

También está por estudiar cómo, desde presupuestos teóricos y políticos en apariencia opuestos, esta corriente doctrinal llegó —no sólo aquí— a resultados prácticos similares o idénticos a los propugnados por la escuela liberal clásica. En particular, es de sumo interés indagar en el *continuum* que parece correr entre los liberales formalistas, adscribibles a la pandectística tardía, y los primeros publicistas, inmoderadamente autoritarios.

el funcionamiento correcto que ha de observar nuestro Estado de Derecho (92).

b) El efecto de cosa juzgada no puede diferenciarse en su existencia o alcance jurídico, por el mero hecho de ser uno u otro el sentido de una resolución judicial. La cosa juzgada no puede ser nunca *secundum eventum litis* (93).

Soy consciente de que es una tentación muy grande equiparar la eficacia de una sentencia a la propia de una transacción o arbitraje privado y, de ese modo, entendida «negocialmente», resolver el problema de la

---

(92) De forma puntual, cuanto se quiere poner de relieve en el texto llega a oprimir la sensibilidad ética y jurídica de los magistrados del TC. Así, la STC 12/89 afirmó: «En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye no sólo el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, sino también el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada (material, según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida, vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso» (yo añadiría al inciso «en ellas declaradas» el de «o constituidas o anuladas o, en general, decididas» y enfatizaría que lo que sería lesivo del art. 24 CE sería privar de eficacia, no prioritariamente a la sentencia firme, sino a la situación jurídica que ha sido judicial y firmemente conformada por tal sentencia).

También creo que otras resoluciones secundan la directriz del texto, aunque sólo en la sustancia y no en las palabras. Paradigmáticamente, la STC 151/2001 señala que: «los órganos judiciales han de ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior, cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto de la cual la sentencia recaída se encuentre en estrecha conexión; ello obliga a que la decisión que se adopte en una sentencia siga y aplique los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior» —*lo que me parece exactísimo e importantísimo, por lo expuesto*—, pero afirma que ésta es una cuestión ajena al concepto y efectos de la cosa juzgada (como otro tanto dijeron las SSTC 171/91, 204/91, 182/94 y 190/99). Pero, ¿alguien me puede, entonces, explicar qué efecto es? A mi entender, no es sino el de cosa juzgada, rectamente entendido.

Ilustrativa de lo que afirmo me parece también la STC 71/91. El TCT había argüido que no podía el trabajador acudir a una acción declarativa (quería que se declarara que había sido empleado por el Ministerio de Defensa en las provincias españolas africanas durante un determinado tiempo) «porque prejuzgaría otras cuestiones». Y replicó el TC —con exactitud, a mi juicio—: «si declarar en un proceso si una relación es laboral puede prejuzgar el resultado de procesos posteriores, no puede ser otra cosa sino que en esos procesos se cuestione también la calificación como laboral de la relación y si éste es el único tema litigioso en esos procesos, la solución de ese objeto no tanto está prejuzgando esos procesos, sino solucionando definitivamente una litis».

Realmente osada (y en verdad dudo de que la Sala tuviera conciencia de lo que afirmaba) es la STC 106/99, cuando asevera que «el deber de observar el principio de inmodificabilidad de las sentencias y demás resoluciones firmes, *consecuencia de la garantía procesal de la cosa juzgada material...*». Y, sin embargo, acaso mereciera una reflexión profunda.

(93) Así también DE LA OLIVA, op. cit, p. 397; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit, p. 301; JORDANO FRAGA, op. cit, p. 589; TARUFFO, «I limiti soggettivi del giudicato e le class actions», *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 610.

vinculación de los terceros «a la decimonónica» (esto es, por ejemplo, incluyendo la sentencia firme en el mandato del art. 1835, II C. c) (94).

(94) Es el Mediterráneo que descubren DENTI, op. cit, p. 457, partiendo de que «hay que romper el mito de la unitariedad y absolutividad de los efectos de la cosa juzgada» (?); COSTANTINO, «Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile», en el volumen *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padua, 1976, p. 235 y MENCHINI, voz cit, p. 456, que cita en su apoyo también a ATTARDI y VERDE.

Entre nosotros, es propuesta que, para las obligaciones solidarias, formulan PUIG FERRIOL, op. cit, p. 474 y DÍEZ PICAZO, L op. cit, p. 232 y, para la fianza, GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XXIII, arts. 1822 a 1886 C. c, 2ª ed, Madrid, 1990, p. 426; CAFFARENA, *La solidaridad de deudores (excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva)*, Madrid, 1980, p. 34 y PÉREZ/ALGUER, en notas al *Tratado de Derecho civil*, Tomo 2º, II, 2ª, 3ª ed, Barcelona, 1966, de ENNECERUS/LEHMANN, p. 820. Todos ellos están muy influidos por civilistas italianos. Entre éstos el más pintoresco es AMORTH, «Possibile formazione di molteplici giudicati sulla stessa obbligazione solidale», *Giur. it*, 1966, c. 1324, para quien esta solución reflejaría «estupendamente» las dos naturalezas que caracterizan a la obligación solidaria: unidad y pluralidad, «como en la Santísima Trinidad». Como indica BUSNELLI, «La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali», RTDPC, 1974, p. 401, nt 25: «la opinión se comenta por sí sola».

Aludo a un «Mediterráneo», porque esta solución compareció ya en el Derecho romano tardío. La frase *secundum eventum iudicis* está en C. 3,31,12,2 (Justiniano, año 531) y, según PUGLIESE, voz cit, p. 756, se expandió con el gran emperador. Estaba preanunciada por las decisiones postclásicas que resolvían que, apelando sólo uno de los derrotados, si vencía, beneficiaba a todos (D. 49,1,10,4,pr y C. 7,68,2 —*si in una eademque causa*-). Y por otras en las que se señalaba que una sentencia firme no era *praeiudicium* para aquel titular de la relación que había sido discutida en el juicio desarrollado en su ausencia, si lograba demostrar ulteriormente la negligencia de quien o quienes actuaron. A su vez, recuérdese que ya en el Derecho romano tardío se admitía con cierta facilidad pedir la rescisión de la sentencia por *iniuria iudicis* (en su caso, a través de preces dirigidas al Emperador) (cfr. PUGLIESE, voz cit, p. 744). Lo que fue una doctrina mantenida siempre, dadas las premisas éticas y jurídicas de su ordenamiento, por los canonistas, y también —por lo mismo, aunque con más reticencias— por los civilistas dedicados al *ius commune*.

En el Derecho francés decimonónico también fue una doctrina extendidísima: TOULLIER, MARCADE y AUBRY/RAU, según PUGLIESE, voz cit, p. 875, como otro tanto ocurrió en el Derecho italiano de la época (por ejemplo, PACIFICI-MAZZONI) e incluso en el Derecho alemán (según TROCKER, op. cit, p. 44, HELLWIG la empleó para explicar la posición del fiador y autores y jurisprudencia que cita en nt 54 lo hicieron en relación con fenómenos de cotitularidad, para superar la dicción del parág. 1011 BGB). No en vano estamos bajo el influjo vehemente del individualismo liberal.

En cierto modo, no es sino un intento de mantener esta inteligencia una conocida e ingeniosa tesis de LIEBMAN, que ha tenido legión de secuaces: este autor diferencia entre la eficacia de la sentencia como acto estatal y su inmutabilidad, en la que hace consistir la autoridad de cosa juzgada, como simple cualidad de sus efectos. Esa autoridad de cosa juzgada sólo vincula a las partes (y a sus sucesores o sustituidos); en cambio, la eficacia no tiene límites, al proceder de un acto imperativo del Estado y se extiende a todos aquellos cuya posición jurídica tenga conexión con el objeto del juicio. Pero esos

Pero que el número de autores que sucumben a esa tentación sea elevado, no hace *per se* sólida la propuesta. Nótese que, conforme a lo expuesto en este estudio, defenderla podría suponer lesión al derecho fundamental de tutela judicial efectiva de, como mínimo, una de las partes procesales y, en todo caso, también una derogación injustificable de exigencias constitutivas de la propia Administración de Justicia (95).

c) El efecto de cosa juzgada se da, dentro de los límites legítimos que trace el legislador ordinario, en toda sentencia firme, cualquiera que sea la categoría doctrinal en que ésta se inserte.

Por poner sólo un ejemplo: es conocida la posición doctrinal que niega fuerza de cosa juzgada a una sentencia constitutiva desestimatoria (96). Posición que es incorrecta. También esa sentencia, una vez firme, produce el efecto de cosa juzgada material, como claramente indica hoy el art. 222, 1 LEC: «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias...» (97).

---

efectos no son inmutables (no están cubiertos por la autoridad de la cosa juzgada) y tales terceros pueden demostrar que la sentencia es injusta, sea cuando se les hiciera valer contra ellos, sea a iniciativa propia con el recurso italiano de la oposición de tercero.

A mi juicio, por todo lo que se ha indicado en el texto, esta tesis, y las propuestas recurrentes de reinstaurar el principio *secundum eventum litis* (aunque se presenten con infatuación como novedades revolucionarias), no casan con nuestro ordenamiento vigente. La sentencia firme, como acto jurisdiccional, tiene naturaleza inescindible: no puede ser jurídico-pública para las partes y ser considerada a modo de un contrato ajeno por los terceros. Coherentemente, el art. 222 LEC aleja la cosa juzgada del terreno probatorio (y, desde luego, de que pueda ser vencido su efecto, una vez acreditado cumplidamente su supuesto de hecho, por una prueba en contrario de tipo alguno).

En realidad, la propuesta de LIEBMAN (no carente de contradicciones internas: véase *infra* nt 237) no es sino otro curioso intento de poner fachada nueva (tesis «procesal») a la clásica presentación liberal del proceso civil como un contrato (posiblemente tenga razón MONTELEONE, op. cit, p. 13 al afirmar que su mayor valor, dada la fecha en que vio la luz —1935—, fue combatir doctrinas totalitarias que en la época se estaban propalando y que presentaban a la cosa juzgada como fuente del Derecho —concreto—). Pero —se concederá— un objetivo loable no legitima *per se* un razonamiento defectuoso).

(95) Añádanse las consideraciones críticas de los autores que cito en mi *Fianza solidaria*, cit, p. 406, nt 865.

(96) También de origen italiano (véase su génesis en TARUFFO, op. cit, p. 611).

(97) Así, DE LA OLIVA, op. cit, p. 403, que pone el siguiente ejemplo: que un demandante distinto pida la incapacitación de una persona sobre la base de los mismos hechos ya enjuiciados en un pleito anterior —no por otros acaecidos o revelados tras ese proceso— ¿acaso no sería oponible la cosa juzgada de la primera sentencia?; también SERRA, ult. op. cit, p. 423.

Por cierto, DE LA OLIVA, op. cit, p. 396 dice que con una sentencia constitutiva desestimatoria *no hay cambio alguno en la realidad jurídica*. Y ello me parece inexacto. Yerra, precisamente, porque el cambio viene dado por la cosa juzgada que produce la sentencia (¡que, por supuesto, la produce!): queda reafirmada la relación jurídica impugnada o que se pretendía se declarara de otro modo, sin que ya pueda promoverse de nuevo esa pre-

Lo afirmado no supone, por supuesto, negar que, *producido el efecto de cosa juzgada unitario*, luego, en cada caso concreto, su alcance específico depende, como es obvio, del tipo de tutela judicial que se había impetrado (declarativa, de condena, constitutiva o cualquier otra prevista en la ley, *ex art. 5, 1 LEC*) y del enjuiciamiento y pronunciamiento que el Juez haya hecho (98).

### 3. *La cosa juzgada es ajena a las fuentes del Derecho*

Cuanto se lleva escrito supone, en mi opinión (aunque se trate de un tema tan delicado, que, desde luego, debería ahondarse en otra

---

tensión (con base en esos mismos hechos y, en su caso, cualificados por la concreta *causa petendi* que se ejerció). El desenfoque procede de la adhesión vehemente de este autor a la «teoría procesal» de la cosa juzgada. Cfr. la correcta, en este extremo, STC 182/94.

(98) Al hilo de esto se me ha representado que acaso sea perentorio hoy reformular en algunos extremos la exposición procesalista usual, que presenta a las sentencias incluidas todas en una tricotomía cerrada: declarativas, de condena y constitutivas, casi como si de un dictado de Derecho natural se tratara. Barrunto que, de nuevo, puede latir aquí una importación ciega de la doctrina italiana (muy condicionada por la letra del art. 2908 *Codice* y por su formalismo característico), que no siempre resulta acomodada a nuestro Derecho.

Por poner sólo unos ejemplos. El ordenamiento castellano, tan indeleblemente marcado por su espiritualismo y causalismo, jamás llegó a regular con autonomía, hasta la LEC actual, la acción meramente declarativa y, sin embargo, declaraciones judiciales se han hecho sin cesar. ¿No se advierte que la acción de nulidad del C. c aúna la vertiente declarativa y la de condena? ¿No se ve que lo mismo acontece con la acción reivindicatoria, con la confesoria o con la de petición de herencia? ¿O con las modernas acciones de retractación y cesación de la LCGC? La importación a saco de la doctrina italiana y diferenciar, consiguientemente, la acción declarativa de nulidad, por ejemplo, y unas ulteriores acciones de restitución ha generado resultados doctrinales (afortunadamente, apenas jurisprudenciales) poco ajustados a nuestro dato legal, a mi juicio, y poco justos en ocasiones, por añadidura.

Tampoco la acción de estado supuso nunca problema alguno para nuestra doctrina clásica. Y, sin embargo, atribulado el neopandectismo italiano a su respecto, por no encajarle en la definición de acción de Justiniano como «derecho a pedir en juicio *lo que se nos debe*», se las incluirá en una categoría nueva, italianizante, de sentencias constitutivas, casi como si representasen una excentricidad o aberración dentro de la jurisdicción civil (por todos, este apunte en CASTRO, *Derecho civil*, II, cit, p. 67).

Por supuesto, espero que se comprenda por qué dejo de lado en el marco de este estudio la profundización de esta reflexión. Señalo tan sólo que, para ella, puede ser muy útil consultar SSTC 92/88, 189/90, que tuvo que dar amparo ante una resolución judicial firme que había entendido, dogmática y erradamente, que la acción confesoria era meramente declarativa, 71/91, que censura la consideración de excepcional que el TCT dio a una acción declarativa, negando la legitimación activa para ella y 194/93 y 178/96. Y que se tenga en cuenta de verdad que, como dijimos *retro*, el proceso judicial es sólo un instrumento para la tutela de *cualesquiera* derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

sede), que constitucionalmente ha de evitarse toda conexión entre la cosa juzgada y las fuentes del Derecho en sentido estricto.

Habría que soslayar por ello las definiciones, aún hoy me parece mayoritarias entre nuestros procesalistas, de la cosa juzgada como la ley que el Estado dicta para el caso concreto litigioso (99).

Pues el que se denomina «efecto preceptivo» de la sentencia, ha de verse como pura emanación *jurisdiccional*, jamás con naturaleza legislativa y, por tanto, *cualitativa y esencialmente* distinto del llamado efecto preceptivo de toda norma jurídica. Lo que me parece esencial para lograr, en nuestro ordenamiento vigente, entre otras cosas, lo que ordena el art. 117, 1 CE: que todo juez sea independiente y sometido únicamente al imperio de la ley (cfr. también arts. 9, 1, 9, 3, 10, 1, 53, 1 CE). Y que su tarea constitucional es *administrar justicia*, en tanto que

---

(99) Todas traen causa de fenómenos gestados y eclosionados en el primer tercio del S. XX. En efecto, con el reforzamiento notorio del Estado y el declive de todo el aparato doctrinal liberal, la cosa juzgada dejó de explicarse como efecto contractual y pasó a verse como la imperatividad esencial de todo acto normativo estatal. La sentencia se define ahora como el acto administrativo especial que ofrece la voluntad estatal —ley— para el caso concreto. Es el último escalón en la pirámide normativa kelseniana. La cosa juzgada muestra, así, su *quod distinctum* en el llamado «efecto preceptivo» o «normativo».

Como cualquier otra norma (la sustanciada en la cosa juzgada sólo se caracteriza por referirse a un caso concreto), es eficaz frente a todos, vincula a toda la colectividad, sometida a la soberanía del Estado. La voluntad estatal, desde que la sentencia que la manifiesta deviene procesalmente irrevocable, no puede ya discutirse por nadie: ha de ser considerada en el futuro como la norma inmutable de la relación jurídica juzgada. Con palabras de CHIOVENDA, «el precepto que de la sentencia deriva deviene ley irrevocable para el caso concreto».

De hecho, vuelve a presentarse como tema interesante —aunque exceda claramente de las fronteras de este trabajo— la conmixión tan curiosa que se dio entre el liberalismo formalista (ése representado por KELSEN y su pirámide de normas y que, en su ultrancismo liberal avalorativo, conducía a que el Derecho quedara como juego lógico inerme ante las injusticias) y las visiones, variopintas en sus razonamientos, de los distintos totalitarismos europeos.

Por ello, no puede extrañar una polémica agria italiana —que sólo expongo a efectos ilustrativos de lo que afirmo— sobre la valoración que la figura y construcción en este punto de CHIOVENDA han de merecer. La obra, que en este estudio cito de MONTELEONE, está toda ella explícitamente vocada a la reivindicación del gran procesalista italiano y de los valores político-sociales (liberales) que defendió. Y ello, porque se le ha denigrado desde la corriente-*bluff*, tan italiana, de los marxistas vocingleros incursos en atajos culturales (hoy en su mayoría —¿es una paradoja o acaso no tanto?— reconvertidos al neoliberalismo agresivo del análisis económico del Derecho) (véase, también, a este respecto LIEBMAN, «Storiografia giuridica «manipolata»», Riv. dir. proc, 1974, pp. 100-123). Sin embargo, tengo la impresión de que la acusación que se le formulaba: ser pionero de la involución del liberalismo clásico hacia el autoritarismo mussoliniano (seguramente, de forma involuntaria —*trahison des clercs*—), merecería reflexión, eso sí, profunda, seria y no de pancarta.

órgano no soberano del Estado, residenciándose la facultad legislativa en los distintos Parlamentos nacionales, en cuanto instancias representativas de la soberanía popular (arts. 1, 2, 66, 1 y 117, 1 CE) (100).

Consiguientemente, también ha de deslindarse con cuidado el concepto y régimen de la cosa juzgada y el valor y alcance de la *jurisprudencia* como complemento del ordenamiento (arts. 9, 3 CE y 1, 1, 1, 6 C. c, 477, 2, 3º, en relación con el 477, 3 LEC) (101).

O, dicho con otras palabras: si se constata que aquellas definiciones están extendidas en los usos académicos y del foro —pues también traen causa de locuciones clásicas del tipo «*ius facit hæc pronuntiatio*»— [102], manténganse (pues es difícil luchar contra el hábito en el mundo jurídico y a veces incluso contraproducente). Pero hay que ser conscientes de que se trata, eminentemente, de brocardos o expresiones

(100) Por tanto, admitir valor normativo en una sentencia supondría una subversión de nuestro orden político constituido (sigo considerando a este respecto insuperadas, aunque, por razones obvias deban cambiarse detalles en muchos de sus argumentos, las reflexiones, hoy casi olvidadas, de DE CASTRO, *Derecho civil*, I, ed. facsímil de la de 1949, Madrid, 1984, pp. 497 y ss).

No en vano la defensa de que la sentencia deba considerarse acto normativo ha procedido a lo largo del S. XX, hablando *grosso modo* en términos de sociología política, de: i) las concepciones totalitarias, en las que el Juez acaba siendo un apéndice del poder ejecutivo, identificado tendencialmente con el Estado entero (juez como comisario político en todas sus versiones); ii) grupos que desean subvertir el orden político constituido de manera taimada, sin confesarlo abiertamente. Normalmente son grupos socialmente marginados o en declive, que pretenden mantener o alcanzar una posición preeminente, a través de la actuación de los tribunales, puesto que la jerarquía de fuentes establecida no les satisface. Aquí pueden incluirse marxistas (uso alternativo del Derecho), conservadores ultramontanos, confesionales tridentinos, corporativistas y, últimamente, hagiógrafos del mercado y de la empresa: a ninguno de ellos les gusta el sistema de parlamentos representantes de la soberanía popular.

Véase el rechazo contundente —y exacto— por la STC 135/2002 de la alegación del recurrente de infracción al principio de jerarquía normativa, siendo así que la cuestión a ventilar era relativa a la cosa juzgada de una resolución judicial y la diferenciación —también exacta— que la STC 3/94 traza entre la eficacia (que no muy felizmente denomina «refleja») de una sentencia colectiva laboral (en materia de conflicto colectivo) y la vinculación del Juez a la ley en el ejercicio de su función pública. Y reflexiónese sobre la doctrina firmísima del TC de que el valor de la independencia judicial sobrepuja sobre el de la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas: SSTC 52/82 y 47/84 y tantas otras desde entonces. Cfr, *retro*, nt 45.

(101) La STC 123/87 censura con razón a los recurrentes (que, curiosamente, eran un grupo de abogados) que denominaran a un puñado de sentencias del TS —cuya línea argumentativa y aplicativa pedían al TC que siguiera, anulando una sentencia divergente— como constitutivas de «cuasi-cosa juzgada». Cfr, también, STC 92/98.

(102) D. 30,50,1; D. 49,1,14,pr; D. 5,2,17,1 y D. 25,3,3,pr, queriendo ilustrar la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada de las sentencias de estado y de nulidad de testamentos (cfr, *infra* II,8, y PUGLIESE, voz cit, p. 750).

con valor metafórico o de ilustración, tal y como el del art. 1091 C. c, cuando dice que «las obligaciones que nacen de los contratos *tienen fuerza de ley* entre las partes contratantes» o los aforismos *error communis facit ius* y «la voluntad del causante es la ley de la sucesión» (103).

#### 4. La cosa juzgada es ajena a la prueba judicial

Debe evitarse también, en mi opinión, toda presentación de la cosa juzgada como medio de prueba (en su caso con valor legal tasado).

Cierto es que tiene abolengo histórico (104). Pero no creo que eso baste para justificar hoy ese camino argumentativo y conceptual (105). Este era coherente con una visión del proceso como contrato privado, análogo al de transacción o arbitraje, o en la arquitectura del ordenamiento canónico, que, dadas sus premisas jurídico-morales insoslayables, debía admitir siempre que en contra de la sentencia, aun firme, pudiera probarse lo constitutivo de pecado o peligroso para la *salus animarum*. Pero no se compadece con nuestro marco constitucional.

---

(103) Por ello, me parece un acierto que la Disposición der, única, 2,15° LEC haya eliminado el muy desafortunado art. 20 LCGC (en particular, su punto 4). Véase GARCÍA DE ENTERRIA, J «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del art. 20,4 LCGC», *La ley*, 1998-V, pp. 1676 y ss.

(104) La idea procede de D. 1,5,25: *res iudicata pro veritate accipitur*, de ULPIANO, en relación con la declaración del estado de *ingenuus*, que pasó a D. 50,17,207, entre las *regulae iuris* (sobre su significado romanista exacto, véase PUGLIESE, voz cit, p. 750).

Así aún se presenta en el Derecho anglosajón (la cosa juzgada se explica allí en el tema de la *evidence* o modos de prueba: cfr, PUGLIESE, *ibidem*, pp. 773 y 798. En concreto, se hace valer a través del *estoppel*, que implica un impedimento para probar: su significado etimológico es «cerrar la boca de aquel a quien se opone»).

El art. 1350 *Code* enumera entre las presunciones legales a la autoridad que la ley atribuye a la cosa juzgada, norma que no hace sino seguir el tratamiento sistemático que a la cosa juzgada dieron DOMAT y POTHIER. En su estela, se situaron el art. 1351 *Codice* 1865 y nuestro art. 1252 C. c.

Incluso algún eco de esta concepción hay en el mismísimo art. 2909 *Codice* 42 —¡tan moderno!—, pues quintaesencia el valor de la cosa juzgada en que «*fa stato ad ogni effetto*», lo que, aunque la doctrina italiana no lo aprecie, es un giro verbal que tiene clarísimas reminiscencias probatorias.

(105) En Italia, en relación con el art. 28 del Código de procedimiento penal, MONTELEONE, op. cit, p. 157 y ALLORIO, «Trent'anni...», cit, p. 431. En general, en relación con los terceros, es, en sustancia, la tesis, ya comentada, de LIEBMAN (para con ellos la sentencia vale salvo que den prueba contraria). En Alemania, POHLE estima que en virtud de la cosa juzgada se presume de manera absoluta la conformidad al Derecho de la situación jurídica enunciada por la sentencia (*apud* PUGLIESE, voz cit, pp. 792, nt 30 y 831).

La cosa juzgada es un efecto propio y privativo de la función jurisdiccional, y sólo puede ser eliminado por los remedios extraordinarios taxativamente dispuestos en la ley.

Por ello, puede aplaudirse la derogación que la nueva LEC ha hecho de los arts. 1251 y 1252 C. c, ubicados sin fortuna en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones y que presentaban a la cosa juzgada como objeto de una especial presunción legal (106).

(106) De todos modos, discrepo de la mofa de esos preceptos codiciales que devino *ritornello* cargante en nuestra doctrina. Se olvida muchas veces que la presunción *iuris et de iure* en puridad es todo lo contrario a un medio de prueba (con claridad, SERRA, ult. op. cit, *sub* art. 1251, p. 420). Cuando un requisito o dato es presumido *iuris et de iure* para que se pueda dar un efecto jurídico, en realidad la ley viene a indicar, respetando sólo *pro forma* alguna tradición o modo secular de expresión, que aquel requisito o dato *no es necesario* para la producción de aquel efecto (téngase, por ejemplo, presente la explicación, hoy ya pacífica, del valor de la presunción del *consilium fraudis* enunciada en el art. 643 C. c: en verdad, sólo significa que, respecto de actos dispositivos gratuitos en general y de donaciones en particular, la acción revocatoria por fraude prospera sin precisar la prueba del *consilium fraudis* que, en cambio, sí es exigible para el éxito ante actos dispositivos a título oneroso).

En concreto, la presentación histórica de la cosa juzgada como presunción pretendía respetar *pro forma* los dictados de la moral católica, para los que siempre ha de poder sobrepasar la justicia y la verdad, pero, si bien se mira, al tratarse de una presunción *iuris et de iure*, significaba en la sustancia el completo alejamiento de la cosa juzgada del ámbito probatorio. Por todos, véase POTHIER, op. cit, n. 239: «L'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement, et cette présomption étant *iuris et de iure* exclut toute preuve du contraire: *res iudicata pro veritate accipitur*» y, en pos de este autor, la letra de los arts. 1350 y 1352 *Code*. Por ello, la apelación a la presunción *iuris et de iure* fue hecha también sin mayores problemas por otros autores egregios como WINDSCHEID, KIPP y UNGER (*apud* PUGLIESE, voz cit, p. 788, nt 10).

En realidad, la cosa juzgada se emparentaba más con la figura también clásica de la *fictio iuris* y no con las presunciones. Así la definió SAVIGNY y BRINZ (*apud* PUGLIESE, *ibidem*, pp. 788-789) y de ahí se pasó a la doctrina de que la cosa juzgada era, *recte*, una *verdad formal* (*formelle Wahrheit*) o una ficción de verdad (WÄCHTER, *apud* PUGLIESE, *ibidem*, p. 788, nt 8). Aún la STC 77/83 indica que la cosa juzgada hace que la sentencia constituya la «verdad jurídica».

Hoy me parece que es dable superar, con nuestra terminología y parámetros constitucionales, esos modos de razonar. Pero reputo oportuno llamar la atención sobre que eran sólo modos de expresión, particularmente eficaces, con los instrumentos técnicos de que se disponía y con los postulados éticos y morales que se profesaban a la sazón, para designar *exactamente lo mismo que hoy*, con fraseología actual, dice el art. 222 LEC (así, PUGLIESE, *ibidem*, p. 763; por ello, el razonamiento de POHLE, que antes se citó, es censurable, porque la terminología de la presunción *iuris et de iure* no en vano se ha abandonado, pero no es sustancialmente incorrecto). Incluso era precisamente esto lo que, mediante giros lingüísticos mnemotécnicos, quería expresarse con las afirmaciones medievales de que *res iudicata præiudicat veritati* (PLACENTINO, *apud* PUGLIESE, *ibidem*, p. 770) o de que la cosa juzgada hace *de aliquo nihil vel de nihilo aliquid* o *de albo nigrum vel de nigro album*.

Bien pudiera ocurrir que el legislador ordinario, cuando lo estime oportuno, ordene que una sentencia firme sólo valga como medio probatorio especial (por ejemplo, se sugiere *de lege ferenda* que eso se prevenga respecto de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil que las resoluciones penales firmes contuvieran en relación con ulteriores pleitos civiles). Pero, en mi opinión, allí donde ése fuera el mandato legal, *no estaríamos discurrendo de la cosa juzgada de una sentencia, sino de otro tipo de eficacia*. Cuando de cosa juzgada se trata —y *de lege lata*, así es en el supuesto aludido, en los límites que traza la Lecrim: cfr. *infra*, II, 7—, *estamos fuera, por completo, de la prueba judicial y, por ende, de la pieza probatoria* (como puede comprobarse en la LEC) (107).

### 5. La cosa juzgada y los juicios sumarios

¿Son constitucionalmente legítimos los «juicios sumarios» civiles, esto es, aquellos que tienen, por disposición legal, su tema de cognición (alegación, prueba) limitado? (108).

A veces, como ya indiqué *retro*, nt 3, la chanza contra nuestros antecesores o una tradición sólo debería acabar siendo causa de descrédito para quien o quienes la hacen (y me parece que éste es el caso), pues revela su nulo conocimiento histórico y escaso rigor metodológico.

Téngase en cuenta que, de hecho, el art. 1251 C. c, aun formalmente admitiendo prueba en contra de la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo permitía darla a través de una sentencia ganada en juicio de revisión. O sea, a efectos prácticos, ordenaba lo mismo que hoy dicta, en términos más modernos y correctos, la reciente LEC.

(107) El caso resuelto por la STC 5/91 no desdice un ápice lo afirmado en el texto. El TS se había negado a admitir como documento a efectos casacionales una sentencia penal firme recaída sobre los mismos hechos. El TC no entra en el meollo de lo que aquí nos interesa: se limita, como era evidente, a anular la sentencia del TS y ordenar que se admita la alegación de la resolución penal, dejando al TS que la valore ponderadamente (y, podría haber dicho: «debidamente», esto es, respetando, en su caso, su cosa juzgada material).

(108) De poca importancia, en este estudio, es el problema del sentido jurídico que tiene la locución «juicio sumario» que no es, como de todos es sabido, unívoca (véase, por todos, la exposición confusa de CORTES, *op. cit.*, p. 493). Aquí le doy el significado del texto, que acaso sea el más extendido (cfr. arts. 250,1,4º, 5º y 6º, 441,2 y 447,2 LEC).

«Juicio sumario» como sinónimo de «juicio rápido» (que aparece, por ejemplo, en el art. 53,2 CE) no plantea dudas graves en relación con el art. 24 CE. Sólo es de tener en cuenta que sobre la rapidez ha de sobrepujar, en todo caso, el respeto a todas las garantías procesales que el art. 24 CE impone como derecho subjetivo fundamental de los ciudadanos y también como elemento vertebrador de nuestro Estado de Derecho (o, si se prefiere expresarlo de otra manera: las dilaciones que el respeto a esas garantías supusiera, son *debidas*, a la luz de los arts. 10,2 CE y 6 CEDH).

La respuesta de principio no puede ser sino afirmativa, siempre que no se llegara a cincelar un *solve et repete* extremo que impidiera oponer al demandado toda circunstancia o se lo dificultara de forma excesiva e irrazonable (SSTC 110/83, 167/94, 6/92 y 21/95). La técnica legislativa de buscar rapidez en dar amparo judicial, aun a costa de limitar el *thema* de controversia, es tan vieja como legítima desde la exigencia de «efectividad» que formula el art. 24 CE (109).

Ocurre que en esos casos es, precisamente, la ausencia de cosa juzgada la que garantiza *que todas las restantes facetas del derecho a la tutela judicial queden indemnes* (no en vano se habla de resoluciones con reserva de derechos —arts. 675, 4 LEC y 41, IX LH— o sentencias que no prejuzgan —arts. 34, 2, III y 35, 2, II y IV LEC—) (110). De ese modo, la tutela que despliega el proceso civil en esos supuestos se puede casi considerar provisional, muy cercana a la tutela cautelar (111).

Incluso cumple aplaudir que, en tiempos como los presentes, de boga por el eficientismo económico y con claro peso fáctico de los agentes que hacen su agosto con una cierta concepción de la globalización, nuestro legislador ordinario haya seguido hollando este camino. Puesto que por doquier se acumulan las invectivas contra la justicia civil (no todas ellas espurias, claro está) por su lentitud, mala calidad, costes elevadísimos y lejanía ante los requerimientos «verdaderos» del mercado. E igualmente por doquier se proponen *de lege ferenda*, en alternativa al proceso civil, aun sumario, cauces pseudo-reglamentados como los de jurisdicción voluntaria (112) o vías administrativas

---

Es banal resaltar que, tenido *in mente* ese límite, conseguir satisfacer el anhelo unánime de celeridad procesal no es tan sencillo. ¡Cuántas reformas legales, a tal fin solemnemente enderezadas, han acabado en el más sonoro y rotundo de los fracasos! Exhórtese, pues, al legislador ordinario a buscar dicha rapidez. Pero encarézcasele, igualmente, a que la busque con prudencia y serenidad, porque no hay aquí piedras filosofales (así se expresa juiciosamente la EM de la LEC, punto IX).

(109) Parece recurrente entre los procesalistas adscribir la distinción juicio sumario/plenario a la doctrina canónica. Véase también la EM de la LEC, punto XVII.

Por tanto, nadie debería sostener que cualquier juicio sumario es *per se* inconstitucional por violación del principio de igualdad ante la ley *ex arts.* 14 y 9,2 CE. Pues parece obvio que las diferenciaciones o singularizaciones que supone tienen, por lo general, justificación objetivamente razonable (y es bien conocida la doctrina sólida sentada a este respecto por nuestro TC, desde SSTC 34/81 y 81/82).

(110) SSTC 41/81, 21/85, 14/92, 296/93, 217/93, 110/93, 157/94 y 165/99.

De hecho, es innecesario ahí el recurso extraordinario de audiencia al rebelde, puesto que queda expedito el acceso a un juicio ordinario plenario (cfr. art. 503 LEC).

(111) Que, como ya se subrayó, es igualmente faceta garantizada por el art. 24 CE y en la que, desde luego, no hay nunca efecto de cosa juzgada (por todas, STC 105/94).

(112) Que es una opción elegida por el legislador italiano, lo que plantea en ese país gravísimos problemas de constitucionalidad. *Ad rem*, véase nuestra STC 298/93.

previas (bajo nombres variados de conciliación, mediación y arbitraje administrativo, a veces virtualmente obligatorias [113]) o potenciación del arbitraje privado, en su caso internacional. Y deben siempre resaltar, como, por ejemplo, hizo DE CASTRO con lucidez y valentía en relación con la última figura, los peligros enormes que toda «des-judicialización» comporta (por más que requerebrada por los agentes fuertes del mercado): por ejemplo: calidad jurídica ínfima de las decisiones y control sustancial de las instancias solventadoras por parte de esos agentes fuertes.

Distinto problema constitucional, en relación con esta técnica procesal (sumariedad=ausencia de cosa juzgada), en sí legítima, sería este otro: que en un análisis sociológico serio se comprobara fehacientemente que, pese a la arquitectura legal, nadie o casi nadie que sucumbe en el cauce procedimental sin cosa juzgada acude luego a la vía ordinaria correspondiente, aunque considere que su derecho o interés legítimo no ha sido debidamente protegido. Y que los motivos fueran la carestía desproporcionada que ello supondría; las trabas excesivas que la legislación ordinaria impusiera —estoy pensando en garantías a prestar para acceder al juicio plenario o para evitar la ejecución provisional de la sentencia sumaria recaída— o las escasísimas probabilidades de éxito en ese juicio ulterior por inercias jurisprudenciales acreditables. Porque en esos casos —que no son por desgracia puras elucubraciones: piénsese en ciertos fenómenos que se han dado en nuestra praxis en el ámbito de la ejecución hipotecaria (114)— estaríamos ante violaciones sustanciales a la tutela judicial efectiva, mas no por no desembocar en cosa juzgada el primer procedimiento empleado, sino por no garantizar en verdad suficientemente la ley ordinaria el acceso al segundo procedimiento: el plenario (115).

---

(113) Está de moda hoy indicar que proceden de ensayos normativos norteamericanos (en particular, para los «small cases»), pero, en verdad, como ya se dijo, fueron habitualísimos en los ordenamientos totalitarios corporativos, como el mussoliniano y el peculiar español del Movimiento —ya precedido de algún prodromo bajo la Dictadura de Primo—.

Ahondando la doctrina sentada por el TC acerca del arbitraje administrativo en materia de transportes terrestres, pueden entenderse también inconstitucionales, *ex art. 24 CE*, las vías previas que, aun no en sustitución forzosa de la jurisdicción, supongan, por ser obligatorias y excesivamente lentas u onerosas, un obstáculo excesivo para un hipotético acceso ulterior a los Tribunales.

(114) Considerada por la STC 14/92 la manifestación de sumariedad ejecutiva más extrema.

(115) A mi juicio, nuestro TC se ha detenido a veces, al abordar esta problemática, en consideraciones formalistas acomodaticias. Ejemplo elocuente me parece la STC

Ese análisis *grosso modo* sociológico es el que habría, por tanto, de hacerse (¡en otra sede, claro está!) con los juicios posesorios (arts. 250, 1, 4º, 447, 2 LEC y 441 C. c), los interdictos de obra nueva (arts. 250, 1, 5º y 447, 2 LEC) y ruinoso (arts. 250, 1, 6º, 447, 2 LEC), la acción del art. 41 LH (arts. 250, 1, 7º y 447, 3 LEC), los contemplados, sobre venta de bienes muebles a plazo y leasing, por los números 10º y 11º del art. 250, 1 LEC, la tercería de dominio (art. 603, I LEC), el juicio de división de la herencia (arts. 787, 5, II y 789 LEC) (116), el auto resolutorio del lanzamiento de los ocupantes de un inmueble (art. 675, 4 LEC), la ejecución hipotecaria (art. 698, 1 LEC), las sentencias que pongan fin al litigio sobre recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler (art. 447, 2 LEC) y los procedimientos de cuenta jurada (arts. 34, 2, III y 35, 2, II y IV LEC), y, en general, con cualesquiera «otras pretensiones de tutela que la ley califique como sumaria» (art. 447, 2, *i. f.* LEC), como, por ejemplo, la que se sustancia en el procedimiento regulado por la LO 2/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Más espinosa, en mi opinión, es la dificultad que suscitan aquellas disposiciones normativas que, pese a la sumariedad del juicio, ordenan que la resolución que le ponga fin despliegue alguna eficacia de cosa

---

41/81, que enjuició por vez primera la ejecución hipotecaria sumaria. Otra ilustración de ello viene dada por la consideración de la STC 14/92: «la brevedad y limitaciones ínsitas al juicio ejecutivo pueden perjudicar ora al deudor ora a la entidad acreedora, según cómo se haya desarrollado la controversia fáctica y la fase probatoria».

Desde luego, sí fue correcta técnicamente la STC 293/93, al no dar peso a la queja del condenado sumariamente de que se le obligaba «a un procedimiento largo y costoso» (como, con plausibilidad arguye la STC 165/99, sólo «habrá una dilación que no es indebida en la realización de su derecho»).

El formalismo que denuncia del TC llega a su máximo extremo aquí con la doctrina sentada por las SSTC 41/81 y 77/86 (ponente en ambas DÍEZ-PICAZO), de que sólo hay «indefensión patológica» cuando es producida por una sentencia con cosa juzgada, reiterada desafortunadamente, a mi juicio, por la STC 165/99. Dignas de elogio son, en cambio, en mi opinión, la STC 105/87, que afirmó que «cosa distinta a que un ejecutivo no produzca cosa juzgada es que, en el objeto que se reconoce el derecho de defensa y contradicción, las garantías del art. 24 CE han de jugar plenamente» y las SSTC 242/91, 99/97 y 145/2000, que consideran innecesario acudir al declarativo para poder considerar agotados los recursos previos a efectos de la interposición correcta del de amparo contra lesiones del art. 24 CE acontecidas en un proceso sumario.

(116) Por supuesto, ni me detengo en la llamada partición contractual ante el Juez (bien porque nadie se opuso a las operaciones divisorias propuestas por el contador-partidor judicial —y, entonces, el Tribunal llamará los autos a la vista y dictará auto aprobándolos, mandando protocolizarlas [art. 787,2 LEC]—, bien porque el acuerdo se alcance tras oposición, que obligó a una comparecencia de todos [art. 787,3 y 4 LEC]), pues, en tal caso, no ha habido función jurisdiccional, ni sentencia y, por tanto, huelga casi señalarlo, cosa juzgada alguna (cfr. STC 13/81).

juzgada material: art. 827, 3 LEC, para el juicio cambiario (117), y art. 564 LEC, para la ejecución en virtud de títulos extrajudiciales (118). En una primera aproximación, podría estimarse que esa dificultad es sólo aparente, siempre que, en relación con lo que pasa en autoridad de cosa juzgada, se haya dado en el juicio un debate contradictorio con plenitud de posibilidades de alegación, defensa y prueba. Y, sin embargo, — y aquí está el verdadero meollo candente de la cuestión— ¿hay realmente libertad plena de alegación, defensa y prueba en el seno de un procedimiento que, congénitamente, *ex lege*, tiene la cognición judicial limitada? ¿No será preciso a veces conectar las alegaciones que sea posible formular con puntos que extravasen las lindes objetivas que la ley fija para ese juicio? Yo propendo a pensar que así es (119).

Para este problema aún cabría una solución técnicamente irreprochable. Consiste en cincelar un procedimiento sumario, que puede acabar con una resolución que pase en alguna medida en cosa juzgada, pero en el que se permita, libremente, a cualquiera de las partes, en algún momento previo a la elaboración de la sentencia, pedir que se instaure un procedimiento plenario sobre el mismo tema («conversión

---

(117) «La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente».

(118) Pues parece ordenar que en el juicio plenario posterior sólo podrán hacerse valer hechos o actos distintos de los admitidos por la LEC como causas de oposición a la ejecución y acaecidos tras acabar la posibilidad de alegar en ella (y no, pues, los que, en el seno del juicio sumario, se pudieron hacer valer). Cfr. también art. 698,1 LEC.

(119) No comparto, pues, la tesis de FAZZALARI, voz «Tutela», cit, p. 406 — seguida por SERRA, ult. op. cit, p. 423— quien, en su visión publicista extremada, ve lógico que la sentencia del juicio sumario tenga cosa juzgada plena en relación con todo lo que en él se pudo debatir (y aduce que quien opine lo contrario sostiene una «tesis antigua» —¡como si lo antiguo fuese *ex se* baldón y ser amante de «*res novæ*» un mérito intrínseco!—). Reflexiónese sobre STC 30/84: «y ello es así porque el derecho de defensa, para los juicios declarativos, supone el derecho a oponer a una acción *todas las excepciones* que pueda utilizar el demandado y si se impide (...) hay indefensión», STC 110/93: «en el declarativo ordinario puede examinarse todo sin cortapisa alguna», STC 157/94: «sin que la satisfacción de aquéllos por el procedimiento de apremio que regulan los arts. 8 y 12 LEC (1881, claro está) esté protegida por los efectos de la cosa juzgada, puesto que todas las cuestiones que puedan plantearse en relación con los conceptos y cantidades reclamadas podrán discutirse con plenitud en el correspondiente juicio declarativo posterior» y STC 158/97.

También puedo aducir la regulación legal por la que los pronunciamientos que el Juez haga a los solos efectos incidentales (*incidenter tantum*) no producen cosa juzgada (véase el art. 42,2 LEC, y compárese con los arts. 42,3 y 40 LEC; también pueden leerse con atención los arts. 222,2,I, 387, 389,I y 603,I LEC) y la doctrina a este respecto sentada por las SSTC 205/87, 71/91 y 34/97. Y encarezco a que se repare en el inciso final del art. 447,2 LEC y en la *ratio* que luce en el art. 438,1 LEC.

del juicio sumario en plenario») (120). Es lo que se ha previsto legalmente en el llamado «juicio monitorio», si hay oposición correcta dentro de plazo: art. 818, 1, I LEC.

Sin embargo, si esta última previsión no existe, creo que las disposiciones legales que prevén efecto de cosa juzgada en resoluciones que ponen fin a procedimientos sumarios, han de ser interpretadas restrictivamente. O, con otras palabras, entiendo que en el juicio ordinario posterior que se instaurara siempre ha de haber, como principio, replantear todo, salvo, en su caso, aquellos aspectos en que hubo anteriormente pleno y efectivo debate y fueron —y son— de resolución escindible o autónoma (121).

Porque, en resumen, la cosa juzgada material no debe anudarse a cualquier resolución judicial que ostente la llamada cosa juzgada formal, sino sólo a aquellas que, teniendo ésta, sean además resultado de un procedimiento que haya respetado todas las garantías que el art. 24 CE impone.

#### 6. *¿Qué pasa en autoridad de cosa juzgada? Límites objetivos de la cosa juzgada*

Por supuesto, no quiero adentrarme en este punto, que merece a se un tratamiento monográfico. Es mi intención tan sólo poner de relieve cómo algunos de los extremos que constituyen la *communis opinio* aquí pueden quizá cuestionarse a la luz de la fundamentación constitucional de la cosa juzgada.

a) La canceladura de lo que haya de pasar en autoridad de cosa juzgada corresponde, con gran latitud, al legislador ordinario. Ahora bien, creo que el tenor y alcance del art. 24 CE obligan, a este respecto, a

---

(120) Así, por todos, MENCHINI, voz cit, pp. 415, nt 56 y 421.

(121) Y sin perjuicio de que en el juicio ordinario ulterior lo resuelto por el Juez con cognición limitada pueda ejercer una influencia fáctica importante (cosa que será habitual). Mas no creo que sea admisible defender que ese valor fuese legalmente tasado y, menos aún, el de la cosa juzgada del que discurrimos.

Desde luego, no me parece pertinente aducir como apoyo para la cosa juzgada material de una resolución que pone fin a un proceso sumario que ésta haya sido recurrible. Pues el acceso a los recursos es garantía de todo justiciable *ex* art. 24 CE, pero distinta de la que aquí nos ocupa. Por lo general, la cosa juzgada sustancial exige que la resolución haya podido ser objeto de los recursos pertinentes, pero siendo ello por lo general necesario, no me parece suficiente: creo preciso además que se haya seguido un juicio con plenitud de posibilidades de alegación y prueba (o sea, defensa).

parar mientes en lo siguiente: i) Son quizá aún mayoritarios los procesalistas que defienden, en atención a la primacía de la autonomía privada en nuestro ordenamiento (arts. 10, 33 y 38 CE), concretada procesalmente en los llamados principios de rogación, dispositivo y de congruencia, que formarán objeto de la cosa juzgada sólo las alegaciones, fácticas y jurídicas, que las partes hayan formulado en el juicio. Es la visión que puede calificarse de liberal ultrancista. ii) Otros entienden que, delimitado el objeto de controversia, todos los hechos a él relativos, aducidos o no por las partes, y todas las alegaciones jurídicas a él relativas, hechas o no por las partes, quedarían cubiertos por la cosa juzgada (122).

Pues bien, defender extremosamente el punto *sub i*, aunque es formalmente armónico con el principio de autonomía privada (123), podría acabar a la postre posibilitando lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de una de las partes, puesto que la sentencia obtenida podría ulteriormente quedar inefectiva por la invocación de hechos que (acaso a tal fin) quedaron en la recámara de uno de los litigantes o la alegación de circunstancias (en su caso, acciones) que no se emplearon, aun pudiendo haber sido empleadas. Por ello, hay que recordar que la autonomía privada y los principios procesales que de ella dimanar no son en nuestro ordenamiento vigentes ilimitados, sino que nacen congénitamente delimitados por la ley (desde luego, por la constitucional) (arts. 10, 33 y 38 CE; 19, 21 y 216 *i. f.* LEC y 1255 y 6, 2 C. c).

Defender, en cambio, hasta el extremo el punto *sub ii* podría llegar a ser también inconstitucional, puesto que productor en ocasiones de indefensión (hechos que acontecen con posterioridad a los momentos preclusivos de alegación en el juicio, o que, en cualquier caso, fueron

---

(122) MENCHINI, voz cit, p. 415; FAZZALARI, voz «Processo», cit, p. 191, aunque, por su concepción, no lo considera cosa juzgada, sino mero efecto que se sigue de preclusiones procesales que se van dando en el curso del procedimiento; DE LA OLIVA, op. cit, p. 414, aunque en lo relativo a los fundamentos jurídicos, propone que la preclusión se limite a aquellos que sean razonablemente apreciables en los momentos procesales oportunos, lo que ha de ser valorado por la prudencia del Juez, teniendo en cuenta también si es o no preceptiva la asistencia de letrado en ese proceso; SERRA, ult. op. cit, p. 423.

(123) La doctrina liberal clásica era consciente de que, con sus premisas, se podían producir sentencias (parcialmente) contradictorias, fragmentación en el enjuiciamiento judicial de las relaciones jurídicas y actividades procesales que en última instancia devenían inútiles («despilfarro de jurisdicción»), pero entendía que eran un resultado a lamentar, pero a sufrir con resignación, pues era primario el derecho a la autonomía de la voluntad de cada ciudadano. Lo expone bien MENCHINI, voz cit, p. 429 y DE LA OLIVA, op. cit, p. 412 (cuyas palabras resuenan en la EM de la LEC, punto VIII).

ignorados y no cognoscibles antes de tales momentos [arts. 222, II, *i. f* y 286 LEC], pruebas no obtenibles razonablemente antes de ellos [arts. 270 y 271 y 460, 2, 3ª LEC, STC 50/82], peticiones complementarias que pudieran ser consentidas por la otra parte [art. 426, 3 LEC], etc...) (124).

Por ende, creo que ambos extremos han de ser evitados por el legislador ordinario. Y que, hecho lo cual, le queda un amplio terreno para dosificar las soluciones concretas, ponderando, con criterios de política legislativa —en lo posible, perspicaz y previsor—, las exigencias de economía procesal.

Considero, yendo a nuestra *lex lata*, que tales parámetros constitucionales han quedado respetados en la regulación dada por la LEC (arts. 222, II, 400, 1 y 2, 406, 4 y 597). Confieso que en mi valoración pesa el dato, hoy creo firme, de que la *preclusión* (como efecto específico ligado a una carga u *onus*) es una figura procesal legítima y normal, justificada por el interés público que claramente tiñe todo el procedimiento civil, para el que conviene estimular su rapidez, exigiendo participación activa de las partes (cfr, por ejemplo, arts. 269, 275, 342, 3, II, 401, 1 414, 3, II, 424, 2 y 499 LEC; también art. 1538 LEC/1881 y STC 215/89) (125).

Con este régimen positivo, cabe señalar, a mi juicio, que el objeto de la cosa juzgada («lo cubierto por la autoridad de cosa juzgada» o «lo que pasa en cosa juzgada», si se prefieren estas otras terminologías con raigambre) no coincide con el objeto del título y causa de pedir indicado por el actor en la demanda, en contra de lo que aún es la afirmación de la doctrina procesal mayoritaria (que acusa influjos de la reelaboración pandectista liberal del sistema romano de acciones típicas [126]). Aparte enriquecerse aquel objeto con lo pedido y alegado even-

---

(124) Recuerdo, a tal efecto, que los objetivos de economía procesal y seguridad jurídica, si bien constitucionalmente legítimos, los considero subordinados al mandato de evitar en todo caso la indefensión (cfr, *retro*, sub I,B,2,b y c).

Por esa razón, a título de ejemplo, no me parece correcta bajo nuestra Carta Magna la sugerencia de MENCHINI, voz cit, 415: los hechos que no hubieran sido conocidos al presentar la demanda, ya no podrán alegarse nunca, salvo a través de la vía extraordinaria de la revisión.

(125) Y siempre sin perjuicio de que aplicaciones concretas del régimen acuñado por la LEC puedan ser objeto de análisis críticos, en su caso por el TC, para evitar posibles excesos no tolerables constitucionalmente.

(126) Por todos, véase LIEBMAN, «L'efficacia», cit, p. 15 «L'istituto della cosa giudicata è diretto ad escludere il conflitto pratico dei giudicati, cioè decisioni diverse *rispetto alla stessa azione*». En general, tanta es la deformación formalista que la doctrina procesalista padece, que las personas y demás hechos tienden a verse aún como meros índices caracterizadores de la acción (véase, *ad rem*, también *infra* II, 8).

tualmente por el demandado en una reconvencción —precisión obvia—, lo hace con los hechos y, en su caso, fundamentos jurídicos alcanzados por la preclusión ordenada por los arts. 222, II y 400 LEC. O, dicho de otro modo, el objeto de cognición y enjuiciamiento judicial (objeto del proceso) puede ser siempre algo más que lo en concreto aportado y aducido por las partes en litigio (127).

b) La doctrina procesalista patria aún maneja monolíticamente la definición de objeto de la cosa juzgada que formuló CHIOVENDA: es el pronunciamiento judicial de fondo, contenido sólo en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, acerca de la atribución de un bien de la vida a una de las partes (128).

Por supuesto, no es mi intención rebatir cumplidamente esta *communis opinio*. Sólo deseo llamar la atención sobre lo siguiente: i) ¿Puede

---

(127) Así, MENCHINI, voz cit, pp. 429 y 436, aunque, en mi opinión, incurra en excesos «preclusivos»; DE LA OLIVA, op. cit, p. 417.

Con estos parámetros sentados hay, a mi juicio, base suficiente para resolver de manera satisfactoria la cuestión, tradicionalmente espinosísima, de si pasan o no en autoridad de cosa juzgada las *excepciones*. A lo ya dicho añadido, en armonía con el formato de este estudio, sólo:

i) El concepto y función de la excepción están sumamente embarazados por el influjo oscuro de la tradición. Ello habría de obligar, como premisa para un estudio serio (y, por tanto, útil), a comprender bien los precedentes (art. 3,1 C. c). Remito, *ad rem*, a mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 307-323. No hacer eso, supone mucha probabilidad de error (por todos, véase la exposición a este respecto de CORTES, op. cit, p. 495).

ii) *Ex art. 24 CE*, son idénticas las posiciones de accionante y excepcionante (ambos piden tutela judicial efectiva). Quienes indican que con la oposición de una excepción no se impetra tal, sino sólo que no se le conceda al demandante, incurren en el mismo ardid, de gusto dudoso, que urdía aquella madre que alegaba que ella no había matado a su hija, sino que sólo la había dejado morir de hambre (véase con el enfoque jurídico correcto, por todos, DE LA OLIVA, *ibidem*, p. 409). *Reus in excipiendo fit actor*: ULPIANO D. 22,3,19,pr; *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur*: ULPIANO D. 44,1,1; *cui damus actionem eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit*: ULPIANO D. 43,18,1; STS 13-3-43 y STC 30/84.

iii) Ténganse en cuenta, aparte de los arts. 222,II y 400 LEC, ya citados, el art. 408 LEC, que expresamente afirma que pasan en cosa juzgada las excepciones de compensación y nulidad. También a este respecto puede ser iluminador el comentario de DE LA OLIVA, *ibidem*, p. 408, para quien esa alusión específica de la LEC se explica por ser muy clara ahí la solución, que él entiende, por ello, extensible a todas las demás excepciones sobre el fondo. El silencio de la LEC respecto a las demás lo atribuye al deseo del legislador —plausible— de no querer embarazar su inteligencia y aplicación con una cuestión doctrinaria tan abstrusamente tratada por lo general (véase la EM, punto IV). En análogo sentido se expresaba, bastante antes, ya SERRA, ult. op. cit, p. 423.

Lo que no comparto es la afirmación de DE LA OLIVA, *ibidem*, p. 409 de que esta solución sólo puede defenderse desde la «teoría procesal» de la cosa juzgada.

(128) CORTES, op. cit, pp. 493 y 494; RAMOS, op. cit, p. 630; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit, p. 295; SERRA, ult. op. cit, p. 423. LIEBMAN, «L'efficacia...», cit, p. 14 la considera indubitada en la doctrina italiana actual.

aún legítimamente defenderse que la cosa juzgada sólo cubre el mandato judicial contenido en el fallo de la sentencia? O, siendo más exactos, ¿puede aún merecer aplauso la afirmación de GÓMEZ ORBANEJA (129), traduciendo a CHIOVENDA, de que sólo es objeto de cosa juzgada lo que el Juez ordena, siendo irrelevante lo que razona o declara probado? (130).

Lo dudo. La función jurisdiccional, con nuestra Constitución en la mano, no puede ceñirse a pronunciamientos imperativos: además, *y esencialmente, ha de llegar a pronunciamientos imperativos que sean conformes a la ley y estén razonablemente motivados*. Es decir, tanto es exigencia de nuestra arquitectura constitucional más estricta (arts. 9, 3, 117, 1 y 120, 3 CE y 1, 1 y 1, 6 C. c), como lo es del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (arts. 9, 3 y 24 CE), el que las resoluciones judiciales tengan *motivación suficiente y razonable* (SSTC 109/84, 191/92, 164/92, 144/92, 47/98, 165/99, 226/2000 y 82/2001). ¿Cómo, pues, podría prescindirse en el objeto de la cosa juzgada de los hechos que se han declarado probados por el Juez, de los razonamientos por él seguidos, con base en tales hechos, para llegar al fallo?

A mi entender, el objeto de la cosa juzgada debe ser concebido, como mínimo, como el pronunciamiento de fondo contenido en el fallo, interpretado e integrado por todos los hechos que se han declarado probados y razonamientos jurídicos que el Juez sobre ellos ha trazado, y que hayan incidido y determinado el sentido de tal fallo. Creo que a esta misma conclusión se llega con cualquier comprensión sensata de lo que es una declaración de voluntad jurídica y el mismo

---

(129) ult. loc, cit. MONTELEONE, op. cit, p. 11 glosa al maestro italiano, como en él es habitual, en términos de adhesión fervorosa, pero también enigmáticos (cuando no peligrosamente erróneos): «el Juez que razona no sólo no representa al Estado, sino que si así se concibiese, suplantaría al Estado con su orden. Y suplantaría también a las partes, de las que emana el juicio. La razón puede descarrilar; hecha por CHIOVENDA voluntad de la ley, no».

(130) Muy cercana a ese pensamiento se situó la STC 171/93, no por pomposa, exenta de reparos: «el fallo solo es la exteriorización de voluntad —*imperium*— en que consiste la sentencia como ejercicio de la potestad de juzgar. En suma, las normas citadas protegen la coherencia interna y externa de las resoluciones judiciales sin que les preocupe la pureza estilística o el rigor discursivo de los razonamientos que han conducido a su adopción, aunque no son desdeñables la solidez constructiva y la vestidura retórica, que dotan a la sentencia de la *auctoritas* necesaria para justificar la decisión, evitando en lo humanamente posible la tentación del decisionismo o voluntarismo», que venía preanunciada por la no menos literaria —y poco clara, en sustancia— STC 6/91. Con posterioridad, se ubican en la misma longitud de onda SSTC 150/99, 316/94, 3/2002 y 54/97.

hecho del querer y ordenar —que es, en sustancia, lo que emite y hace el Juez al dictar una sentencia— (131).

Esto que defiendo, se admite sin ningún tipo de problema para la tutela judicial ejecutiva (cfr, por todas, SSTC 159/87, 148/89 y 251/93), acaso por no sentirse ahí el TC embarazado por la *communis opinio* referida en materia de cosa juzgada (y téngase en cuenta que, si bien el objeto de la ejecución no ha de coincidir siempre con el de la cosa juzgada, ambos están claramente emparentados, según se dijo).

Igualmente, desde la óptica que sostengo, puede bien fácilmente comprenderse por qué también el TC tiene sentado que no hay vicio de incongruencia omisiva cuando de la lectura de la entera sentencia cabe inferir con seguridad que ha habido una desestimación tácita de la pretensión (132). Y por qué el TC dio amparo a quien se le había

---

(131) Como indica DE LA OLIVA (op. cit, p. 406), «de los fundamentos (fácticos y jurídicos) de la resolución no cabe prescindir, porque muy frecuentemente sólo atendiendo a ellos puede determinarse el preciso contenido de la decisión que alcanza fuerza de cosa juzgada». De todas formas, la apelación a «las evidencias que ofrece la lógica ineludible», que hace este autor (*ibidem*, p. 405) puede ser un tanto ingenua en boca de un jurista. Igualmente el tono áspero que adopta frente a la tesis opuesta (que él considera «burda» y «absurda»: *ibidem*, p. 406), parece exagerado (aunque *in bonam partem* pueda entenderse como la vehemencia normal de quien está convencido de la bondad de su tesis, de lo que a mí me persuade en gran medida [no, en cambio, como digo, de que sus contradictores sean burdos y absurdos]).

No es baladí que, como requisito tradicional para la formación de jurisprudencia (concepto que, como he indicado, es conexo, pero esencialmente distinto del de la cosa juzgada), se exija siempre cribar y aislar lo que es la *ratio decidendi* (jurídica y, esencialmente, en su vinculación con unos ciertos hechos), sin que nos debamos detener nunca en meras frases o razonamientos *obiter*.

Ya la STC 13/82 afirmó que el fallo no puede deslindarse de los argumentos jurídicos de la sentencia. Igualmente la STC 79/87: «con independencia de la forma expositiva de los pronunciamientos judiciales, éstos son conclusiones no aislables, sino íntimamente ligadas con las premisas que los determinan»; SSTC 215/88, 189/90: «el auto ha de ser entendido no en el fallo, sino en su fundamento jurídico y *pretensiones de las partes*»; STC 171/93 también afirma que el fallo hay que considerarlo a la luz de la *ratio decidendi*, al igual que la demanda no sólo es la petición que se deduce, sino también su razón o *causa petendi* y STC 207/2000: «pues bien, como es sabido, constituye una tesis generalizada la de que la cosa juzgada se circunscribe al pronunciamiento judicial y no alcanza a los fundamentos de la sentencia; sin embargo, al menos desde la óptica del art. 24,1 CE, resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión a fin de perfilar debidamente el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto».

(132) STC 144/91: «El derecho a la tutela judicial efectiva como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho no exige una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes: basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión»; también SSTC 309/2000, 253/2000, 88/2001 y 135/2000.

negado el acceso a la casación para reformar fundamentos jurídicos de la sentencia, aunque no su parte dispositiva, que le absolvía (por un indulto) (STC 79/87).

Recuérdese, adicionalmente, la jurisprudencia firme del TC, que ya referimos *retro*, sobre el mal llamado «recurso de aclaración» (133). O su doctrina sobre el error judicial, compendiada por la STC 165/99: «para que el error judicial vulnere el art. 24 CE, aparte otros requisitos, es preciso que sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único y básico de la resolución judicial (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo».

¿Que es dificultoso el criterio que propongo para incluir un hecho probado en el objeto de la cosa juzgada? Ciertamente es. Pero ello no le quita plausibilidad; sólo obliga a redoblar la cautela en la interpretación de las resoluciones judiciales. No en vano es un criterio análogo al que el legislador fija para que el Juez pueda elevar cuestión de constitucionalidad («cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución»: art. 5, 2 LOPJ) o para que deba darse a una circunstancia el tratamiento de prejudicialidad penal («cuando la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener *influencia decisiva* en la resolución sobre el asunto civil»: art. 40, 2, 2ª y 4ª LEC).

Por otro lado, nótese que el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes del proceso también consiste en, con respeto escrupuloso al principio de contradicción, poder alegar, contradecir y probar, con plenitud y libertad, *todos los hechos* respecto de los que se impetra

---

Y, más en general, por qué, para el análisis de la congruencia de la resolución judicial, es doctrina constante del TC que es precisa una confrontación «entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y *petitum*—. Y, en relación a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener *como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre*» (STC 135/2002, y muchas otras que cita).

(133) Por poner otro ejemplo, en la STC 19/95 se analizó una sentencia en cuyo fallo comparecía la frase: «el motivo del recurso ha de ser estimado», y dijo: «mas esta afirmación, totalmente descontextualizada del razonamiento que la antecede en modo alguno puede alterar la conclusión alcanzada, pues en nada se compadece con el desarrollo de la motivación» (era un *lapsus* informático).

Téngase igualmente en cuenta que, como señala la STC 314/94, «el auto de aclaración forma parte integrante de la sentencia que aclara a todos los efectos».

un determinado amparo judicial (y, en caso contrario, habría indefensión, constitucionalmente proscrita).

Todo esto, creo, apuntala mi afirmación anterior. Pero, además, me lleva a pensar que objeto de la cosa juzgada son, contemplando lo antes dicho desde una perspectiva complementaria, *también* directe los hechos que se declaran probados, en cuanto hayan sido determinantes para el sentido del fallo y a los efectos del fallo concreto que se ha dictado (134).

(134) Me parece pueril oponerse a esta visión, alegando que «nos haría retroceder de golpe nuestra experiencia y ciencia jurídica a la época en que cualquier palabra escrita en la sentencia se consideraba intangible» (MONTELEONE, op. cit, p. 91). Lo dicho en el texto es suficiente para no deber contradecir ese sinsentido que jamás jurista sensato alguno, ni medieval ni romano, sostuvo (pese al sambenito que suele colgársele a la pobre doctrina medieval por los manualistas procesalistas al uso: cen-suro, por todos, aquí a CORTES, op. cit, pp. 491, 494 y 497 y GÓMEZ ORBANEJA, p. 303). Recuérdese que la «santidad de la cosa juzgada» era sólo una metáfora, con valor tópico —importantísimo, a mi juicio—, como lo eran las frases de que la cosa juzgada hace lo blanco negro y lo negro blanco o similares. Adviértase lo que ya indiqué acerca del sentido verdadero de la presunción *iuris et de iure* de verdad o *fictio* de verdad (*retro*, nt. 106).

Nótese que limito el objeto de la cosa juzgada a los hechos probados *determinantes del sentido del fallo y a los solos efectos de ese fallo concreto*. Por tanto, en absoluto sostengo que el hecho declarado probado en un pleito entre A y B valga ya, *in æternum*, a todos los efectos para todos los consociados (lo que la doctrina común denomina «valor absoluto de la cosa juzgada», y suele atribuir, sin rigor, a la doctrina medieval bárbara). Eso parece una absurdidad que sólo he visto defendida por autores italianos del primer tercio del S. XX en relación con la cosa juzgada penal (CARNELUTTI, LIEBMAN en virtud de unas normas que en aquel país deliberadamente hacían del orden jurisdiccional penal el preeminente, con la competencia exclusiva clave de controlar todo asomo de subversión política (cfr, COMOGLIO, *Overruling*, cit, p. 723). Cfr, *infra*, nt 181.

De manera análoga, cuando se atribuye la paternidad moderna de este dislate a WACH, por haber afirmado, retomando razonamientos del *ius commune*, que «cuando una sentencia se haya pronunciado entre los contradictores legítimos, la cosa juzgada entre las partes se produce, en cuanto tal, *erga omnes*» (*apud* PUGLIESE, voz cit, p. 876), habría que tener muy en cuenta que la habitual locución «*erga omnes*» se emplea en el lenguaje jurídico por estar lexicalizada y tener un significado inmediato y efectista, pero que *nunca* puede interpretarse a la letra. Eficacia *erga omnes* de una cosa juzgada significa tan sólo potencialidad de vincular, *ex arts. 222,3 y 4, 421,1 y 764,2 LEC*, a personas titulares de relaciones jurídicas inescindiblemente conectadas con la que fue objeto de enjuiciamiento (correctos, por todos, TARUFFO, op. cit, p. 616, PUGLIESE, voz cit, p. 883 y SCHWAB, *apud* TROCKER, op. cit, p. 56. Véase, *infra*, 299). Así hay que entender también el parág. 643 ZPO, que establece la eficacia *für und gegen alle* de las sentencias de estado o el «frente a todos» que hoy comparece en el art. 222,3,II LEC y que antes se formulaba como «eficaz contra terceros» en el art. 1252,II C. c. Así se ha de entender también ese rasgo jurídico de los derechos absolutos o tal caracterización unánime de la eficacia de las sentencias de nulidad negocial.

*A fortiori*, ha de resultar evidente que en modo alguno incluyo en la cosa juzgada a hechos probados tangenciales, razonamientos que no hayan sido relevantes para el fallo (SSTC 44/87 y 298/93), afirmaciones *obiter* u observaciones «al pasar» (STC 6/91),

Acaso así pueda y deba entenderse la locución clásica bartoliana de que «*sententia est res iudicans y res iudicata est causa decisa*» (135) («caso resuelto por la sentencia» decía el art. 1252, I C. c). Y se alcanza a ver con plenitud cómo la función de la cosa juzgada es, con particular importancia en su vertiente positiva, impedir la cognición y enjuiciamiento al mismo efecto de una cuestión o punto por segunda vez: *non bis in idem* —fin que de forma clásica se detecta en nuestra institución— (136).

También puede quizá comprenderse por qué el legislador ordinario previene que las resoluciones penales firmes *valgan con fuerza de cosa juzgada*, dentro de ciertos límites, en el pleito ulterior que sobre la responsabilidad civil dimanada de los mismos hechos enjuiciados pueda desenvolverse (arts. 112 y ss Lecrim) (137).

---

informaciones que el Tribunal dé en la sentencia sobre los recursos a emplear (STC 56/91) o cualquier otro contenido que en la proteica realidad judicial pueda hallarse en una sentencia. De hecho, repito que creo que jamás nadie ha defendido tal cosa.

(135) *Apud* PUGLIESE, voz cit, p. 765.

(136) La locución *non bis in idem* en relación con la cosa juzgada no aludía en el Derecho clásico al especial significado que cobra hoy en materia sancionatoria, desde una perspectiva constitucional *ex* art. 25,1 CE. En el sentido del texto es citada por las SSTC 207/89, 222/97 y 59/96. Y, así, por supuesto, también creo que está presente en la cosa juzgada penal (cfr. SSTC 66/86 y 204/96).

(137) Y que, en el fondo, es lo mismo que establece el art. 64,10 LO 5/2000, de redacción muy desafortunada, a mi juicio: «La sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor». Pues, si vinculan al juez civil posterior los hechos declarados probados por el Juez penal de menores, ¿no es eso, precisamente, *eficacia de cosa juzgada material, pura y dura*? Creo que se expresa mucho mejor la Lecrim, redactada hace más de un siglo, que ha necesariamente de emplearse aquí, en virtud del criterio sistemático de interpretación (art. 3,1 C. c).

El rodeo meramente nominal que este art. 64,10 LO 5/2000 adopta creo que obedece al peso tiránico de la *communis opinio* doctrinal y de inercias conceptuales poderosas, que se repiten hoy exangües (muy difundidas en la doctrina italiana, que se niega contumazmente a hablar aquí de efecto de cosa juzgada, y lo hace de «preclusión procesal» o de una peculiar cosa juzgada «*sulla fattispecie*», diferente de la cosa juzgada *stricto sensu*: véase la reseña de CHIAVARIO, voz «*Giudizio [rapporto tra giudizi]*», *Enciclopedia del Diritto*, Tomo VIII, Milán, 1969, p. 986, nt 11). También ello se deja sentir en muchas resoluciones del TC que, en el terreno de la nomenclatura, se afanan por no denominar «cosa juzgada» a la que es sencillamente su función positiva y apelan, como tapadera, a efectos colaterales, indirectos o atípicos o incluso innominados de las resoluciones judiciales (véanse las SSTC 171/91, 182/94, 59/96, 190/99, 151/2001). Por sólo citar aquí un ejemplo de lo que se indica: la reciente STC 135/2002 afirma: «en el supuesto examinado no nos hallamos exactamente ante un problema de cosa juzgada (...) lo que se discute es si el fallo penal —en sentido estricto— vincula respecto a la responsabilidad civil declarada en un proceso civil posterior». Y, pregunto yo: ¿Cómo

Por lo mismo, creo errónea la postura doctrinal habitual que niega el juego de la cosa juzgada cuando varía la acción que se ejercita, aunque los hechos que se aleguen sean los mismos. A mí me parece, por ejemplo, que una sentencia desestimatoria de la pretensión de responsabilidad contractual puede ejercer, en un juicio posterior en el que, entre las mismas partes, se ventilara, sobre los mismos hechos, una pretensión de responsabilidad civil, la influencia ordenada por el art. 222, 4 LEC (138).

Igualmente, puede columbrarse por qué incurría en yerro profundo la doctrina, también muy extendida, que privaba de cosa juzgada a las sentencias sobre alimentos en juicio plenario, incapacitación (139), convenios reguladores de separación o divorcio, etc..., pensando en que, de lo contrario, jamás podrían alterarse tales sentencias. Manejando la visión que he expuesto, nada más natural que esa modificabilidad, siempre que la petición se funde en hechos nuevos sobrevenidos, que constituirán un nuevo objeto de cognición judicial y enjuiciamiento (arts. 413, 761 y 775 LEC, 100, 147 y 152 C. c —Exposición de Motivos LEC, punto X [140]).

Así, me parece que en modo alguno una sentencia absolutoria sobre nulidad de matrimonio por ausencia de consentimiento (*ex art. 73, 1 C. c*) puede precluir el ejercicio ulterior de la acción de nulidad por cualquiera de las restantes causas elencadas en el art. 73 C. c, siempre que se aleguen hechos distintos a los anteriormente enjuiciados. *Mutatis mutandis*, sostengo lo mismo respecto de las acciones de resolución, rescisión o revocación y de otras tantas usualmente llamadas «constitutivas» (141).

Y quizá pueda también intuirse por qué el efecto relativo que por lo general tiene la cosa juzgada de una sentencia sobre un derecho

---

*conceptuará el TC, entonces, este problema?* Más significativamente la STC 79/87 hablaba de cosa juzgada penal en ulteriores cuestiones civiles o «si se quiere, de influencia de la acción penal sobre la civil».

Repárese en que el art. 114, II C. c indica que «podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados» (véanse también arts. 115, 2º, 120, 3º C. c, 193 CP y 190 RRC e *infra*, II, 7).

(138) No lo admite, por seguir la tesis común, GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 305.

(139) Por todos, con ese error, Díez Pícazo/Gullón, *Sistema de Derecho civil*, I, 7ª ed, Madrid, 1989 p. 272 y Lasarte, *Principios de Derecho civil*, I, Madrid, 1992, p. 251.

(140) SSTC 67/91 y 54/97: «La petición de modificación es una nueva demanda, no una fase posterior en el enjuiciamiento de una decisión judicial».

(141) Y no tiene ello por qué justificarse diciendo que hay tantas acciones como motivos de nulidad (lo que me parece una impropiedad «romanista» [en la que incurren Cortes, *op. cit.*, p. 495 y, en cierto modo, Gómez Orbaneja, *op. cit.*, p. 305]).

real litigioso no es ninguna carencia de nuestro sistema procesal, ni la prueba del nueve, como tantos creen —y algunos de forma asombrosamente frívola—, de que los derechos reales no son, en verdad, derechos absolutos y, en particular, de que el derecho de propiedad sólo sería un mejor y provisional derecho a poseer y la acción reivindicatoria, un camelo que en verdad encubre una mera acción publiciana (142).

Acaso, después de todo, puedan verse bajo una nueva luz las siguientes disposiciones normativas de la LEC: arts. 72, 197, 2, 208, 2, 209, 218, 2 y 400, 2 (143).

De este modo, creo que vuelve a comprobarse cuán alejado queda el Juez actual del modelo decimonónico —reducido a ser la «bouche de la loi», sin raciocinio propio o, todo lo más, constreñido a activar un mero razonamiento de subsunción mecánica, en un sistema procesal basado en la tipicidad de las acciones y la soberanía de la autonomía de la voluntad— y también cómo se separa —y radicalmente— del Juez del proceso civil de cuño totalitario, en el que su decisión

(142) Demostrarlo cumplidamente excede de los límites trazados a este estudio.

A título incidental, sólo señalo que discrepo de DE LA OLIVA, op. cit, p. 396, cuando afirma que sólo «la teoría procesal» de la cosa juzgada permite explicar la relatividad de efectos de la sentencia sobre derechos subjetivos absolutos.

(143) Art. 72: «Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos» (vid. también art. 438,3).

Art. 197,2: «El Magistrado ponente someterá a la deliberación de la sala o sección los puntos de hecho y las cuestiones y fundamentos de Derecho, así como la decisión que, a su juicio, debe recaer y, previa discusión necesariamente, se procederá a la votación».

Art. 208,2: «Los autos y las sentencias serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo».

Art. 209: El número 3 indica que «en los fundamentos de Derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de Derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, y dando la razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse» y su número 2 añade la obligación de consignar los hechos probados, si los hubiere.

Art. 218,2: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Art. 400,2: «De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio...».

valía como mandato estatal normativo, con completa independencia de la motivación que le hubiera dado (144).

ii) Creo que hay base suficiente también para, cuando menos, poner en duda la *communis opinio* que ciñe el objeto de la cosa juzgada (material, claro está) a los pronunciamientos dispositivos sustantivos (atribuidores «del bien de la vida» chiovendano) (seguida también, por ejemplo, por las SSTC 1/87 y 199/87).

En mi opinión, partiendo como premisa de que es muy distinto de un pronunciamiento sustantivo el alcance que tiene toda decisión sobre aspectos procesales de fondo (145), puede bien, conforme a lo que es la esencia de la función jurisdiccional, admitirse que ésta produce también eficacia de cosa juzgada material (146).

7. *La eficacia de la cosa juzgada penal en un ulterior proceso de responsabilidad civil en la jurisdicción ordinaria*

He aquí una cuestión que deviene hoy candente por el auge en la importancia práctica de la responsabilidad civil, tanto por el número de

---

(144) Precisamente, la exigencia de que las resoluciones judiciales sean motivadas, que, en una perspectiva constitucional orgánica (*ex art.* 120,3 CE), impone un factor de racionalidad en el ejercicio del poder jurisdiccional y, a la vez, facilita su control mediante los recursos que procedan, en evitación de toda arbitrariedad prohibida por el art. 9,3 (SSTC 54/97 y 47/98) y que, desde una óptica constitucional dogmática, constituye un verdadero derecho fundamental subjetivo integrado en el art. 24 CE, *simboliza con profundidad y precisión* el papel, cometido y responsabilidad actuales del Juez y del proceso civil.

Por todo ello, a mí me parece que la formulación chiovendana sobre este punto (seguida monolíticamente aún por nuestra doctrina procesal) evoca ideologías con ribetes totalitarios. Sin embargo, no excluyo cometer aquí un error grave: de hecho, MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 11 y 91 y COMOGLIO, *Overruling*, *cit.*, pp. 723 y 725 afirman que la tesis de CHIOVENDA fue un intento liberal y que lo socializante y autoritario era, precisamente, lo que yo he hecho mío en el texto. *Cfr. retro*, nts 99 y 129.

(145) No me refiero a las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del juicio (art. 414,1,II LEC), enunciadas en el art. 416 LEC («órbices procesales», según la EM de la LEC, puntos I y X), que han de ser resueltas, en el juicio ordinario, por el Juez en la audiencia previa (art. 416 LEC) y, en el verbal, en la fase inicial de la vista (art. 443 LEC).

(146) El art. 389,I, en relación con el art. 387 LEC, sólo pide que en la sentencia se haga pronunciamiento especial separado sobre las cuestiones procesales de fondo. Así, para Italia, MENCHINI, *voz cit.*, p. 415; entre nosotros, SERRA, *ult. op. cit.*, p. 423.

La STC 43/85 afirmó que la sentencia jurisdiccional producía cosa juzgada material en relación con el extremo de competencia que resolvió; STC 141/88: «el vocablo «fallo» en el art. 163 CE equivale a una resolución judicial decisiva o imperativa, ya se trate de materia de fondo o procesal»; STC 350/93.

litigios que suscita, cuanto por la cuantía de las indemnizaciones que genera (y, como decía DE CASTRO [147], *honni soit qui mal y pense*).

Para su mejor tratamiento, considero conveniente describir *primo introitu*, siquiera sea a trazos gruesos, el régimen jurídico vigente:

1) Una conducta (acción u omisión) dañosa puede generar dos tipos de consecuencias: a) en los casos más graves (*ultima ratio* del Derecho penal), tipificados por ley orgánica (arts. 25, 1 y 81, 1 CE), puede engendrar responsabilidad criminal, en lo que es una relación de Derecho público, normalmente indisponible para los particulares (arts. 101 Lecrim y 130, 4º CP); b) en todos los casos, puede surgir una obligación de reparar el daño causado (arts. 109, 116, 1 y 193 CP; 61, 1 LO 5/2000, de 12 de Enero; arts. 1093 y 1902-1910 C. c; 100 Lecrim), que constituye una relación de Derecho privado, en principio disponible (arts. 6, 2, 1255 y 1813 C. c y 106, 108, 110, II, 112, I Lecrim y 61, 1 LO 5/2000).

2) La responsabilidad civil derivada de delito o falta se halla regulada, con carácter general, en el Código penal, *Lecrim* y LO 5/2000 (véase art. 1092 C. c). Es bien conocido el porqué de esto: a) Durante todo el Derecho intermedio, y con acentuación liberal-individualista en el S. XIX, la responsabilidad civil se concebía como efecto anudado legalmente a una culpa o dolo, esto es, claramente con *ratio* sancionatoria (148). Por tanto, cuando en particular derivaba de un ilícito criminal, era considerada una pena accesoria, al igual que ocurría con la interdicción civil y, aún hoy, con la inhabilitación para cargos públicos o el comiso. Natural era, pues, que los Códigos penales del XIX se detuvieran a regularla. b) El Código penal antecedió en mucho al C. c. Así, para lograr un tratamiento completo del *ius puniendi* del Estado, que superara la regulación caótica de la Novísima Recopilación y el *ius*

---

(147) «La indemnización por causa de muerte. Estudio en torno a la jurisprudencia del TS», ADC, 1956, pp. 449 y ss, hoy también en *Estudios jurídicos*, II, Madrid, 1997, p. 757, nt 3 (por donde lo citaré en adelante).

Al interés que la materia suscita al «practicón» por razones crematísticas obvias, se añade, desde una perspectiva doctrinal, el que proporciona el ser acaso de las que mayores transformaciones ha sufrido durante el S. XX, y ser un testigo fidelísimo del estado actual del Derecho privado en general y del civil en particular, así como de la situación y papel presentes de la jurisprudencia y doctrina civiles. De hecho, cuesta imaginar que no hace mucho aún se veía como «poco» civil, ventilándose en un tema somero y apendicular del programa de la asignatura.

(148) En esa concepción corresponde al actor demostrar la culpa o dolo del agente. Y la antijuricidad está *in re ipsa* y, por ello, se denominaba al actuar dañoso que genera responsabilidad civil «ilícito civil» en paralelo al «ilícito penal» (también se empleaba la terminología romanista de «cuasi-delito», cuando sólo había culpa y «delito civil», cuando había dolo).

*commune* devenido tortuoso, se optó en el CP de 1822 y ulteriormente en el de 1848 por regular también la pena accesoria de la responsabilidad civil (149). Con posterioridad esta sistemática legal, que estaba modernizando en grado sumo el tratamiento efectivo de la responsabilidad civil, fue respetado, con total consciencia, por la Lecrim de 1882 y por el C. c (150).

3) Para conocer sobre el fondo de la responsabilidad civil derivada de delito o falta es competente, en principio, el tribunal penal que lo sea para conocer de la responsabilidad criminal (arts. 108, 112, I Lecrim, 193 CP y 2, 2 LO 5/2000) (151).

En la formulación de esta regla influyó:

a) Una razón muy clara de *economía u oportunidad procesal* (152).

b) El procedimiento penal era el más garantista en la época, al versar sobre temas tan capitales como la posible privación de libertad personal o reducción de la capacidad de obrar de una persona. Gracias, pues, a la regla que comento, se lograba además rodear de más garantías a la imposición de esa responsabilidad civil, también orlada a la sazón de un claro halo sancionatorio.

c) Por razones históricas, ideológicas y crematísticas, la responsabilidad civil en general y la derivada de delito o falta, en particular, era mirada con desprecio por los cultivadores de las ramas más añejas del saber jurídico: romanistas, civilistas y canonistas (ocupados primordialmente de otros aspectos del *ius commune*) y se dejaba a penalistas, procesalistas y demás juristas «prácticones». Por ello, residenciar en principio su enjuiciamiento e imposición en la jurisdicción criminal no sólo parecía lo más natural en la época: era también lo más funcional.

(149) Lo destaca DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1959, revisada por COSSIO y GULLÓN, p. 404.

(150) Discrepo, pues, de la opinión de PANTALEÓN, *Comentario del Código civil*, II, Madrid, 1993, sub art. 1902, p. 1973, quien cree que la regulación por los Códigos penales de la responsabilidad civil fue sólo «provisional» y una incuria lamentable del C. c insertar su art. 1092 C. c.

(151) La atribución es sobre el fondo. Por ello, hay diferencia con lo dispuesto en el art. 3 Lecrim, que permite al Juez penal resolver «al sólo efecto de la represión» «las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación» (cfr. también art. 10,1 LOPJ y STC 367/93, frente a la imprecisa STC 41/97).

(152) Lo subraya la STC 15/2002. En la doctrina, por todos, PANTALEÓN, op. cit, p. 1973.

Es la misma razón por la que se declara competente al tribunal penal para hacer los pronunciamientos que correspondan sobre alimentos en sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual (art. 193 CP).

4) Para que el tribunal penal no entre a conocer de esta responsabilidad civil, debe ocurrir: a) Que la persona lesionada la renuncie de manera clara y terminante (arts. 106, 108, 110, II, 112, I, 117, I Lecrim, 61, 1 LO 5/2000, 10, I LUCVM) (153).

b) Que la persona lesionada se reserve la acción correspondiente, para ejercerla en la jurisdicción civil (arts. 109, 2 y 119 CP; 112, I Lecrim, 61, 1 LO 5/2000 y 10, I y 11 LUCVM).

En este último caso, sólo podrá ejercerse la acción *terminada ya la causa criminal*: prejudicialidad penal, que juega de oficio (arts. 111, 112, I y 114 Lecrim, 63, 10 LO 5/2000, 40, 2, 2ª y 569 LEC y 10, 2 LOPJ).

Equivale a esta reserva el iniciar el proceso civil en primer lugar y suspenderlo ulteriormente el Juez por estimar que hay hechos que pudieran resultar delictivos, pasando el tanto de culpa a la jurisdicción penal (arts. 112 y 114 Lecrim y 40 LEC).

c) Que no se llegue a una sentencia penal de condena por la paralización de la causa por rebeldía del procesado (arts. 843 y ss Lecrim), demencia del mismo posterior a la comisión del delito o falta (art. 383 Lecrim), por apreciarse la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130 CP) o por basarse la absolución sólo en no quedar probada la autoría del imputado o no reunido el tipo penal por faltar —o no quedar probado suficientemente— alguno de sus elementos.

En estos supuestos, se podrá ejercer ulteriormente la acción de responsabilidad civil ante los Tribunales ordinarios (en su caso, contra los herederos o representante legal del que fue imputado) (arts. 115 y 116, II Lecrim y 517, 8º y 556, 3 LEC, en relación estos últimos con el art. 10 de la LUCVM).

Ahora bien, aun siendo absolutoria la sentencia penal, el tribunal penal puede conocer (y, en su caso, *debe ex art. 742, II Lecrim*) de la responsabilidad civil cuando la exculpación obedece a la concurrencia de alguna circunstancia eximente o excluyente de responsabilidad crimi-

---

(153) Sabido es que hoy es menester extremar la precaución ante estas renunciaciones, muchas veces «arrancadas» por los servicios jurídicos de las compañías aseguradoras (en ocasiones, bajo la forma fementida de la transacción), so «amenaza» de un pleito largo y oneroso (DE CASTRO, ult. op. cit, pp. 772 y ss, siempre atento a estas «menuencias», ya lo observaba, así como prevenía, con clarividencia sinigual en su momento, de los abusos jurídicos que se daban —aún se dan, claro está— en la «letra pequeña» de las pólizas de seguro de responsabilidad civil).

En tanto que acto dispositivo exquisitamente unilateral, la renuncia sólo vincula a quien la hace (arts. 107 Lecrim y 6,2 C. c) y, en su caso, al Ministerio Fiscal (art. 108 Lecrim).

nal: enajenación mental al tiempo de comisión del delito o falta, minoría de edad penal (arts. 19 CP y 1, 1 LO 5/2000), estado de necesidad, miedo insuperable o error invencible (arts. 118, 119, 20 y 14 CP) (154).

5) Si el tribunal penal conoce y resuelve sobre la responsabilidad civil, no puede acudirse luego a la jurisdicción ordinaria para que conozca de ella: hay cosa juzgada en su vertiente negativa (155). Si no se ha producido el efecto «consuntivo de la acción civil», pero se ejercita ésta ante la jurisdicción ordinaria *tras haber recaído* sentencia penal firme, en el pleito nuevo *vincularán al juez los hechos que en la sentencia penal se hubiesen declarado probados* (art. 113 Lecrim y 64, 10 LO 5/2000) (cosa juzgada positiva o prejudicial).

Como es sabido, este régimen jurídico cincelado por el legislador decimonónico —y mantenido hasta la fecha— (y en el que no hay ninguna peculiaridad foral o territorial [156]) ha provocado numerosas consecuencias prácticas. En particular, me parecen dignas de mención:

a) La jurisdicción penal superó concepciones petrificadas del *ius commune* que, en cambio, atenazaban a los civilistas (157). Así, no

---

(154) Esta competencia es considerada *excepcional* por PANTALEÓN, op. cit, p. 1975, pero puede notarse que son bien distintas una circunstancia eximente o excluyente de la responsabilidad criminal y una causa de *extinción* de esa responsabilidad. La exposición de ROCA, en *Derecho de obligaciones y contratos*, coordinado por VALPUESTA, Valencia, 1994, p. 474 confunde los distintos supuestos. Es lógica, pues, la incerteza que lastra toda su exposición a este respecto.

Me parece dudoso el supuesto generado por la aplicación del principio de retroactividad favorable al reo. Así el Tribunal ordinario que revisó una sentencia condenatoria por ese motivo anuló también la condena de responsabilidad civil, por entender que ésta tenía como presupuesto la condena penal. La STC 135/2001 no entra a fondo en el examen de la cuestión, por entender que es de legalidad ordinaria, aunque deja entrever que no considera la expuesta la interpretación más afortunada (a lo que me adhiero).

(155) Posiblemente éste es el ámbito en que más juega en la práctica civil esta vertiente de la cosa juzgada, pues es tentación leguleya fuerte pretender modificar los pronunciamientos no [plenamente] favorables dictados en la vía penal, so capa de dirigirse ahora a un orden jurisdiccional diferente.

(156) Lo que podría ser considerado como efecto benéfico adicional que el diseño legal descrito ha tenido y tiene (si se considera un bien la existencia de una normativa unitaria para todo el territorio nacional, cosa que, en esta materia, defiende) o como otro pernicioso ejemplo normativo de avasallamiento castellano (así, quizá quienes hoy consideran un bien *per se* la existencia de normativas territoriales autonómicas que fomenten la conciencia del «hecho diferencial»).

(157) Lo recalca en solitario DE CASTRO, ult. op. cit, pp. 780 y 781.

Salvándose las distancias que haya que salvar, la jurisdicción penal (en menor medida, también la civil) ha sido en esta materia al Derecho civil como la jurisprudencia pretoria romana lo fue al *ius civile* (para comprobar la enorme influencia del *ius honorarium* en esta temática, véase, por todos, d'ORS, *Derecho privado romano*, 7ª ed,

dudó en conceder las indemnizaciones por causa de muerte a los realmente perjudicados, fueran o no parientes, y no automáticamente a los herederos del difunto (hoy art. 113 CP). Tampoco lo hizo al imponer obligaciones solidarias de resarcir, claramente armónicas con la finalidad punitivo/reparatoria que con su constitución se perseguía, superando el escollo (creo que sólo aparente) del art. 1137 C. c y la concepción liberal anticuada de los civilistas al respecto (arts. 103 y 104 CP/1848) (158). Dio un contenido amplio a la responsabilidad civil, no ceñida a la sola indemnización (arts. 100 Lecrim y 110 CP —antiguo art. 101 CP/1848—). Y entendió que el plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito o falta no es el de un año del art. 1968 C. c, sino el de 15 años, *ex art.* 1964, II C. c (159).

b) Al abordarse la responsabilidad civil muy a menudo en el seno de un procedimiento más garantista que el civil, y regido por el principio de búsqueda de la verdad material, se ha producido lo que, en terminología sociológica, podría considerarse como una tutela judicial

---

Pamplona, 1989, p. 418; añádase que el título 2 del Libro 9 del Digesto —precedente inmediato de nuestros arts. 1902/1910 C. c— recopila casi en su totalidad creaciones del *ius honorarium*).

(158) Manidas son las críticas doctrinales (civilistas) a esa línea jurisprudencial (fundamentalmente, apelación al art. 1137 C. c —¡tan desvaído hoy!— y «construcción», en pos de la doctrina francesa, de una categoría *ad hoc* —obligaciones *in solidum*— que sería diferente en muchos extremos de las obligaciones solidarias clásicas). Todas ellas, a mi juicio, son infundadas *de lege lata* —arts. 1089, 1090, 1092 y, por analogía, 1890, II C. c y CP—, como he expuesto en mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 99-141. Puede también tenerse en cuenta que la obligación solidaria en materia de responsabilidad civil es tan vieja como lo es el Derecho romano (cfr, por ejemplo, D. 9,2,11,2 y 4).

Repárese también en la utilidad extrema que la obligación solidaria presta en esta materia cuando es difícil o imposible identificar al sujeto concreto que provocó el daño, de entre una pluralidad de posibles agentes (cadena de distribución, edificaciones, etc...).

(159) Esta última aportación sí parece *contra legem*. Pues por el mero hecho de derivar de delito o falta no se sigue diferencia en la naturaleza de la responsabilidad civil, por lo que técnicamente no parece fundada, en ausencia de indicación legal expresa en tal sentido, una derogación (parcial) del art. 1968,2º C. c (así, por todos, PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1974). Sin embargo, obsérvese que en la mayoría de las ocasiones la forzatura exegética que la jurisdicción penal lleva a cabo persigue resultados plausibles (en terminología moderna, busca no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de un justiciable, en peligro en ciertas ocasiones ante un plazo tan exiguo. Consúltese lo dicho *retro*, nt 15).

Por tanto, en este subterfugio interpretativo late una *ratio* en todo similar a la que mueve a la elaboración jurisprudencial de la categoría del *aliud pro alio*, que permite saltar, en casos en que la justicia parece demandarlo, el plazo de seis meses que el art. 1490 C. c establece para el saneamiento por vicios ocultos.

más efectiva que la que se habría seguido de los alcanforados tribunales civiles (160).

De ese modo, se ha demostrado que el régimen legal descrito no sólo no era descabellado, sino que muy probablemente fue y es loable.

c) Se han generado confusiones graves acerca de la naturaleza de esta responsabilidad civil (161), que, lejos de representar una discusión académica bizantina, tienen repercusión trascendental en las soluciones predicables a muchos problemas de la praxis (162).

En particular, uno de tales problemas concierne al valor de la sentencia penal en el pleito civil que ulteriormente se trabara. Pues al régimen legal descrito se le formulan reproches de inconstitucionalidad. Las razones para ello, en síntesis, pueden resumirse así:

a) Se afirma que la atribución del conocimiento y enjuiciamiento del fondo de la responsabilidad civil derivada de delito o falta (y, en particular, la eficacia de cosa juzgada sobre ese punto de que se dota a la sentencia penal) es inconstitucional por violar el mandato de separación de órdenes jurisdiccionales y, por tanto, la garantía de Juez ordinario predeterminado (arts. 24, 2 CE, interpretado conforme al art. 6 CEDH, *ex art.* 10, 2 CE y 117 CE) (163).

(160) No es casual, por ello, que sea un fenómeno extendido (incluso en exceso, y a veces con ciertos ribetes no edificantes) que los abogados recurran a la vía penal, aun a sabiendas de que no existen los extremos constitutivos de la responsabilidad criminal, porque les resulta mucho más simplificada la obtención de pruebas determinantes o pertinentes y más humana y flexible la comprensión de la realidad por un juez instructor.

(161) Lo expone con nitidez PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1973. De hecho, tendencialmente sigue viéndose como *quid aliud* respecto del resto de hipótesis de responsabilidad civil, máxime cuando estas últimas hoy se presentan de manera generalizada como meras reglas de distribución eficiente de costes y daños sociales. Adicionalmente, si se consultan los manuales civilistas al uso, se verá que, con honrosas excepciones como la representada por LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II,1, 2ª ed, Barcelona, 1985, la atención prestada a esta responsabilidad civil es exigua (si es que hay alguna) y, en su caso, sólo epidérmica, en contraste abrupto con la realidad.

(162) Fundamentalmente porque, en conexión con la concepción aludida en la nota anterior, aún puede considerarse mayoritaria la tesis que defiende que a la responsabilidad civil derivada de delito o falta sólo pueden aplicarse las normas contenidas en el CP o, todo lo más, en leyes penales especiales (con esta visión, por todos, ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 473 y ROCA, *op. cit.*, p. 471, que habla de dos fuentes de la responsabilidad civil y de un sistema penal y otro civil).

En cambio, la indiferencia que exhiben los jueces penales respecto de la doctrina civil, que denuncia airado PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1973, no me parece, siendo honesto, en casi ningún caso problema grave (antes bien, a menudo, como he indicado, ha propiciado resultados dignos de aplauso).

(163) LASERRA, «I resti dell'art. 28 C. p. p. e la loro incostituzionalità», *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 16; tíbiamente, COMOGLIO, *overruling*, *cit.*, p. 729; LIEBMAN, «L'efficacia», *cit.*, p. 15.

b) En conexión con lo anterior, pero desde la perspectiva dogmática de la Carta Magna, se denuncia inconstitucionalidad porque el Juez penal enjuicia a los efectos de dirimir la pretensión punitiva estatal, por lo que si se confiere autoridad de cosa juzgada a su decisión en el pleito civil ulterior, las partes de éste ven lesionados sus derechos de acción y defensa *ex art. 24 CE*, pues precisan de un enjuiciamiento a efectos radicalmente distintos (164).

c) Se reprocha que al Juez civil se le priva de su soberanía de enjuiciamiento, esencial para su independencia (165).

d) A las partes de la pretensión de responsabilidad civil no se les respeta su derecho fundamental a ser regidas por el principio dispositivo, que no informa el proceso penal (166). En particular, porque, no habiendo renuncia o reserva, la acción civil se ha de entender ejercitada en la causa criminal (arts. 112 y 108 Lecrim y 61, 1 LO 5/2000) (167).

Como apoyo de este enfoque alguno podría aducir la doctrina de la Corte Constitucional italiana, que declaró ilegítimos los arts. 27 y 28 del Código de procedimiento penal en ciertos extremos (168).

Sin embargo, discrepo de estos reproches:

a) Es obvio que hay órdenes jurisdiccionales distintos en nuestra *lex lata*. Sin embargo, la distribución de sus competencias no es en modo alguno ni de Derecho natural ni, salvo en lo relativo a la materia penal *ex art. 24, 2 CE*, de Derecho constitucional (169). Ha variado en

Se acercan a esta idea las SSTC 41/97, 190/99 y 219/2000, al hablar de materias que corresponden «por esencia» a cada orden jurisdiccional.

(164) LASERRA, *op. cit.*, p. 17 sobre la base de que no hay una esencia de un hecho en sí, sino que todo hecho tiene ontológicamente siempre aspectos distintos; COMOGLIO, *overruling*, *cit.*, p. 757. Sin apelar a la Constitución por razones obvias, ya a esto apuntaba DE DIEGO, *op. cit.*, p. 406.

(165) LASERRA, *op. cit.*, p. 18; LIEBMAN, *ult. op. cit.*, pp. 14 y 15.

(166) LASERRA, *op. cit.*, p. 16; LIEBMAN, *ult. op. cit.*, pp. 7 y 8.

(167) Sin hablar expresamente de inconstitucionalidad, sí critica este aspecto del régimen positivo PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1977 por entenderlo contrario al principio procesal de rogación y, de hecho, propugna leer correctoramente el art. 112 Lecrim.

(168) Art. 28 C. p. p: «la sentenza penale irrevocabile, di condanna o di proscioglimento, ha autorità di cosa giudicata nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverta intorno ad un diritto il cui riconoscimento dipende dall'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale», enjuiciado por la Sentencia de la CC de 22-3-71, cuyo ponente fue MORTATI. El art. 27 de ese cuerpo legal dispone que el pronunciamiento del Juez penal tiene autoridad de cosa juzgada en uno posterior civil o administrativo, «quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e nella responsabilità del condannato o di colui al quale sia stato conceduto il perdono giuridico», enjuiciado por S. de 27-6-73 de la citada Corte.

(169) Jurisprudencia firme del TC: SSTC 43/85, 185/90, 110/93, 254/94, 178/96, 190/99, 210/2000 y 74/2001.

el tiempo y aún variará, al hilo de las valoraciones «políticas» (en sentido noble) que haga el legislador ordinario (que habrán de respetar, eso sí, los mandatos que deriven de los arts. 24, 2, 117 y 123 CE).

Por tanto, con los datos constitucionales *verdaderos* en la mano, sería ilegítimo que el conocimiento y enjuiciamiento de delitos o faltas se hiciera por órdenes jurisdiccionales distintos del penal (art. 24, 2 CE) (170). Pero es legítimo que una materia civil sea conocida y resuelta por el orden penal, siempre que así lo establezca la ley (*ex art.* 117, 3 CE), como es el caso (171). Tan legítimo, claro está, como que el legislador ordinario decida en el futuro atribuirle, siempre por ley (art. 117, 3 CE), en exclusiva a la jurisdicción ordinaria, como *de lege lata* ordena para las cuestiones atinentes a la validez de un matrimonio o la supresión de estados civiles (arts. 5 Lecrim y 4 LRC) (172).

---

(170) Así se justifica el régimen jurídico de la prejudicialidad penal: arts. 9,3, 10,2 y 44 LOPJ, 40 y 569 LEC, diferenciado del pertinente para toda otra prejudicialidad en el juicio civil (véanse los arts. 10 LOPJ y 42-43 LEC y SSTC 77/83 y 62/84). Por tanto, me parece incierta —e infeliz— la afirmación, extendida, de que la prejudicialidad penal es un residuo de concepciones medievales atrasadas (por todos, LIEBMAN, *ult. op. cit.*, pp. 5-6 y 8).

*A fortiori*, sería siempre inconstitucional la imposición de sanciones que impliquen privación de libertad por parte del Ejecutivo (art. 25,3 CE y STC 77/83).

(171) Téngase también en cuenta que la llamada *vis atractiva* de la jurisdicción civil (cfr. art. 9,2 LOPJ) sólo puede jugar en ausencia de criterio legal explícito de atribución de competencia «privativa» (por emplear la expresión del art. 10,1 LOPJ), lo que aquí no ocurre.

(172) Parece que ésa fue la solución que, para nuestro tema, se adoptó en el Derecho romano tardío (C. 9,31,1, del año 378, emperadores orientales VALENTE y VALENTINIANO: *ad rem*, PUGLIESE, *voz cit.*, p. 753).

Muchos civilistas abogan por ella, porque es conocido que los jueces penales tienden a ser más cicateros en las indemnizaciones (acaso por su hábito de dirimir asuntos delicados y graves) y a conceder fácilmente absoluciones respecto de la responsabilidad civil, por influencia (indebida) del modelo penal que les exige apreciar, como mínimo, una culpa en el agente (y, casi siempre, una culpa grave) para poder condenar.

Sin embargo, a mí me parece que las razones de economía procesal y de efectividad de la tutela que sustentan el régimen positivo *de lege lata* siguen siendo tan poderosas hoy como en el S. XIX y, por ello, no me sumo a la crítica unánime —y a veces, a mi juicio, frívola— que la doctrina civilista inflige a la opción elegida por nuestro legislador (y mantenida bien conscientemente en las últimas reformas).

Téngase presente que, tras las sentencias de la CC italiana reseñadas, parece que en la praxis actual de aquel país se niega todo juego de la cosa juzgada de la sentencia penal en el pleito civil ulterior y, todo lo más, se le concede a aquélla el valor de una prueba documental pública o *prima facie evidence* (por todos, COMOGLIO, *Overruling*, *cit.*, p. 730). Pues bien, puede apuntarse que ello está generando problemas gravísimos (pronunciamientos contradictorios, dilaciones y costes enormes, etc...) (cfr. por todos, LASERRA, *op. cit.*, p. 17). Lo cual habla muy bien, en mi opinión, de nuestro legislador,

Téngase en cuenta, además, que, en cambio, sí es mandato constitucional el de unidad de la jurisdicción española (art. 117, 5 CE) (173).

b) No se puede negar que un hecho puede ser considerado en el terreno jurídico desde perspectivas diferentes (sin ir más lejos, ya se ha indicado que un delito o falta que produzca daños es un supuesto límpido de ello) (174).

Pero el alcance exacto que tiene la cosa juzgada en nuestro ordenamiento en modo alguno contrasta con lo anterior. Como expuse *retro*, II, 6, su objeto no es a secas el fallo o parte dispositiva, ni los razonamientos *obiter dicta* o pronunciamientos *incidenter tantum*. Son los hechos que se declaran probados, en cuanto hayan sido determinantes para el sentido del fallo y a los efectos del fallo concreto dictado. Sólo así vincula la cosa juzgada de la sentencia penal al Juez ordinario que haya de conocer ulteriormente de la pretensión de responsabilidad civil. Y, puesto que él ha de enjuiciar a los efectos de dirimir una pretensión de responsabilidad civil, le vinculan los hechos allí declarados probados, abstracción hecha de su valoración a efectos penales (175). Por lo que le queda libertad para enjuiciarlos —por supuesto, sin irrazonabilidad o arbitrariedad— a los efectos de la pretensión civil de que está ahora conociendo (véanse también los palmarios arts. 517, 8º y 556, 3 LEC) (176).

---

decimonónico y actual, que parece ha dado en esta materia primacía a la sensatez sobre todo dogmatismo.

De hecho, reflexiónese serenamente sobre la propuesta *de lege ferenda* que hacía aquí LIEBMAN, ult. op. cit, p. 17: eliminar toda eficacia de cosa juzgada y crear un nuevo motivo para el recurso de revisión: la contradicción entre una sentencia penal y una civil sucesiva sobre los mismos hechos. ¿No es preferible nuestro sistema legal vigente, supuesta que sea su constitucionalidad? A mí, desde luego, me lo parece.

(173) El calificativo de «anodino» que le propina COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 722 o la afirmación de que «non c'entra» de LIEBMAN, op. cit, p. 15 valdrán lo que tengan que valer para el Derecho italiano, pero, a mi juicio, no pueden ser trasladados al Derecho español (véanse también art. 3,1 LOPJ y SSTC 254/94, 190/99 y 219/2000).

(174) Y, conforme ya indique *retro*, nt 56, parece innecesario —cuando no contra-productente— recurrir a tópicos de filosofía vulgarizada para defenderlo. Para nuestro tema, basta con decir que determinados «bienes jurídicos» reciben diferentes planos de tutela (penal, civil, administrativa y, en su caso, constitucional) o que son analizables «a distintos efectos y con distintas consecuencias» en sedes diferentes, como afirma la STC 92/85. La aceptación de ello es banal en la jurisprudencia del TC (por todas, véanse las SS. 62/84, 204/91, 234/91 59/96, 190/99 y 219/2000).

(175) Es corriente afirmar que son los hechos «en su objetividad natural», o sea, como acontecimientos del pasado o elementos de la realidad histórica tomados en sí mismos, prescindiendo de su calificación jurídica (véase, por todos, LIEBMAN, op. cit, p. 12 y STC 77/83). De «hechos en sí» habla la STC 22/84.

(176) El problema de fondo que aquí subyace acaso estribe en la influencia poderosísima que aún ejerce la definición que dio CHIOVENDA del objeto de la cosa juz-

c) Con lo anterior, creo puede refutarse que el Juez civil carezca de independencia o, en cualquier caso, que eso le ocurra en un grado que sea lesivo de sus atribuciones constitucionales. Precisamente, como intenté razonar *retro, sub I, B, 2, d*, la cosa juzgada impone a todo Juez, tanto al que dicta la resolución como a cualquier otro, una vinculación, no sólo constitucionalmente legítima, sino incluso constitucionalmente exigida. Y acabo de señalar que, allende esa limitación legítima, el Juez civil ha de desplegar con independencia y sujeción a la ley la tarea de valorar *a los efectos de la pretensión civil* los hechos que se declararon probados en la sentencia penal firme.

d) Considero incierto que los ciudadanos directamente concernidos por la cuestión de la responsabilidad civil vean lesionados sus derechos de acción y defensa *ex art. 24 CE*, al no regirse el proceso penal por el principio dispositivo. Podría haber lesiones, claro está, a tales derechos en un proceso penal (como pueden acontecer en uno contencioso-administrativo o laboral o civil). Pero no lo considero defendible ya *a priori* por el mero hecho de que el proceso penal esté informado por el principio inquisitivo. Primero, porque eso ocurre igualmente en numerosos procesos civiles (los relativos al estado civil, por ejemplo), sin que cause estupor constitucional (*vid SSTC 52/89 y 114/97*). Y segundo porque no en vano nuestro proceso penal, y así lo ha sido en medida bastante elogiosa desde 1882, ha sido y, desde luego es hoy, tras la contribución incisiva del TC, en pos de los arts. 24 y 25 CE, así como del art. 6, 3 TEDH, muy garantista y respetuoso como regla de los derechos fundamentales de los justiciables (no así, por lo que se dirá en breve, el procedimiento penal italiano) (177).

En particular, que, sin renuncia o reserva, la acción civil haya de entenderse ejercida en la causa criminal en que el MF acuse, puede ser objeto de críticas *de lege ferenda*. Pero no creo que merezca tacha de inconstitucionalidad: la autonomía privada del ofendido está salvaguar-

---

gada: el solo mandato judicial contenido en el fallo atributivo de un bien de la vida. Como expuse *retro, sub II,6*, creo dable hoy superar esa visión.

(177) STC 114/97: «El art. 24 CE no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables. Lo fundamental, desde la óptica constitucional, es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos».

Parecería añorarse una concepción de la autonomía privada tal, que, en lo relativo al proceso, pudiera irrestrictamente simular hechos probados e impedir que el órgano judicial pudiera hacer aflorar pretensiones fraudulentas, para con la ley o con terceros.

dada por las posibilidades, con las que cuenta *ab origine*, de reservarse la acción o renunciarla (178). Eso también impide que pueda presentarse al dañado civil como litisconsorte *necesario* del Estado en su pretensión penal —como hace habitualmente la doctrina italiana— (179).

Por supuesto, que el Ministerio Fiscal tenga legitimación activa para deducir la pretensión civil en el seno de la causa penal tampoco me parece conculcación del art. 24 CE, primero, porque sólo puede deducirla si no hay reserva o renuncia (art. 108 Lecrim) y, segundo, porque tal legitimación es un dato hoy completamente normal también en relación con pretensiones de Derecho privado (180).

Por último, las sentencias de la CC italiana que se refirieron, habrían de ser manejadas entre nosotros con suma cautela. En concreto, la inconstitucionalidad del efecto de cosa juzgada *ex arts. 27 y 28 C. p. p* italiano se ciñó a lo relativo a la vinculación de terceros que se hubieran encontrado en la imposibilidad, de Derecho o de hecho, por no haber tenido conocimiento jurídicamente relevante, de participar en un juicio penal desarrollado entre otras personas. Y es que el proceso penal italiano, con clara impronta mussoliniana (181), no permite

---

(178) Por tanto, no me parece suficientemente fundada la propuesta de PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1977 de «no tomar al pie de la letra» el art. 112 Lecrim (en realidad, hace de él una lectura derogadora) y propugnar que, para que pueda el Juez penal entrar a conocer de la pretensión civil, haya debido haber *ejercicio expreso* de la acción correspondiente, bien por el MF, bien por el perjudicado.

(179) Véase, por todos, LIEBMAN, *ult. op. cit.*, p. 7.

(180) La crítica de LIEBMAN, *op. cit.*, p. 15, según la cual el MF jamás puede, *ex natura sua*, actuar en defensa de intereses privados, me parece *datata* inexorablemente y ajena a nuestro dictado constitucional (véanse arts. 124,1 CE y 6,1,6° LEC y Ley 50/81, 30 de Diciembre, del Estatuto orgánico del MF).

Dígame lo mismo de la corriente italiana verborreica, para la cual la legitimación procesal que se concede hoy en muchos casos civiles al MF supone una revolución jurídico-cultural (la inminencia del ordenamiento socialista o socializado, la administración del Derecho privado, el arrumbamiento del rancio individualismo liberal-burgués y otras lindezas casi nunca bien meditadas). Pues en nuestro Derecho el Ministerio Fiscal siempre ha ostentado legitimación en materias exquisitamente privadas (procesos de estado, éstos de que se habla aquí, etc...).

(181) Su Código regulador es de 1930 y se inscribe en la «revolución» jurídica de corte nacional-fascista, junto al Código de procedimiento civil de 1940 y al *Codice civile* de 1942. Según expuse *retro* en nt 134, se quiso deliberadamente hacer del orden penal el preeminente, con la competencia exclusiva clave de controlar todo asomo de subversión política. Ello llevó a plasmar en normas positivas una cosa juzgada penal con eficacia absoluta.

Nada de eso es reprochable a nuestra *Lecrim*. Tendrá sus defectos, claro está, y achaques evidenciados aún más por los múltiples retoques que con el tiempo ha ido sufriendo (todo lo cual justifica con creces los deseos en acto de elaborar un nuevo cuerpo legal, ajustado plenamente a los dictados constitucionales, y a la altura de los

constituirse en parte civil a todos los que quieran hacerlo (por ejemplo, a una compañía aseguradora que ya se haya subrogado por pago); ni siquiera prevé que deba necesariamente constituirse una parte civil (182) y ordena, con generalidad pasmosa, que toda sentencia penal absolutoria impedirá proponer o proseguir la acción civil (art. 25 C. p. p) y, tal como para nuestro ordenamiento señala el art. 954 Lecrim, no cabe revisión de ninguna sentencia absolutoria.

Por todo ello, me parece claro que en esas normas italianas sí había inconstitucionalidad, *pero no por el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal en el ulterior proceso civil, sino por una disciplina tal de esa cosa juzgada* que, de la mano de la fisonomía autoritaria del proceso penal, *podía generar indefensión para ciertos sujetos (una privación ilegítima de su derecho de alegar, contradecir y probar)* (183).

Ninguno de los datos italianos reseñados son *lex lata* entre nosotros. Por ejemplo, el art. 62, 2 LO 5/2000 prevé que en la pieza separada de responsabilidad civil «podrán personarse los que se consideren perjudicados, aunque no hayan sido notificados, y las compañías aseguradoras que se tuvieran por partes interesadas». Por otro lado, el art. 109, I Lecrim establece: «en el acto de recibirse declaración al ofendido (...) se instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso», lo que se ordena que también procure el juez respecto del ofendido ausente (art. 109, III, *i. f* Lecrim) (184) y, conforme al art. 110, I Lecrim: «los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o solamente unas u

---

tiempos), pero, desde luego, no acusa el talante autoritario de su paralela italiana (antes bien, suele presentarse como buen exponente de un enfoque liberal-garantista).

(182) Y la doctrina y jurisprudencia italianas deducían de manera inexorable de una no constitución, por añadidura, *la preclusión* definitiva o consunción de la acción civil (así lo denuncia COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 721).

(183) El caso concreto que fue causa remota de la decisión de la Corte en 1971 fue, en síntesis, el siguiente: se siguió causa penal contra el conductor (persona distinta del propietario) de un vehículo que irrogó daños a un tercero. La sentencia penal fue absolutoria por quedar probado que el accidente se produjo porque el propietario del vehículo no observó el mantenimiento debido de los neumáticos. El dañado ejercitó acción civil posteriormente contra ese propietario, y obtuvo satisfacción, con sólo aducir los hechos que se habían declarado probados en la sentencia penal anterior. En esa causa criminal el propietario del vehículo, *aunque lo solicitó con reiteración, no fue admitido como parte civil*, en aplicación del Código de procedimiento penal.

(184) Trámite al que dio gran valor la STC 121/94, de manera que, si la recurrente no había sido informada previamente de las acciones civiles que le correspondían, no pudo legítimamente entenderse que hizo renuncia o reserva de las mismas.

otras, según les conviniera, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones» (185).

En conclusión, estimo que la normativa vigente es constitucional (186). Y, además, por las razones ya esbozadas, defiendo que se mantenga en lo sustancial en la nueva *Lecrim* que parece estar en ciernes.

Con todo, aún creo de utilidad precisar ciertos aspectos de este cuadro legal:

a) Conforme a lo explicado, una sentencia penal absolutoria que se ha basado *sólo* en que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia penal (art. 24, 2 CE) no puede obligar al Juez civil ulterior a que aprecie la excepción de cosa juzgada como óbice procesal (187).

---

(185) La imposición de ese tope temporal preclusivo creo que puede justificarse, pues en materia penal el principio de concentración de actuaciones ha de ser mucho más incisivo que en el proceso civil, dado el bien esencial sobre el que se discute (o, con otras palabras, ha de ser más exigente el contenido de la garantía constitucional, *ex art. 24,2 CE, de un proceso sin dilaciones indebidas* —*cfr. STC 188/92*—). Ahora bien, considero, aplicando por analogía el art. 13 LEC, que se habrán de admitir las alegaciones necesarias para su defensa que no se hubieran efectuado por corresponder a momentos anteriores del juicio (aunque éste, claro está, ni se suspende ni, menos aún, podrá sufrir retroacción alguna en sus actuaciones). También, *ex art. 13 LEC*, creo que cada interviniente será autónomo en la defensa de sus posiciones, habiendo de tenerse ello en cuenta para la posible aplicación del art. 113 *Lecrim*. Consúltese también el art. 10,II de la LUCVM.

(186) Y, por tanto, en principio, entiendo que la cosa juzgada de la sentencia penal en el sentido expuesto puede también jugar en otros casos que no sean estrictamente los de responsabilidad civil derivada de delito o falta (por ejemplo, desheredación, indignidad, fijación de filiación, previsión del art. 111,II C. c o de alimentos, sentencia penal cuyos hechos probados puedan condicionar un ulterior pleito sobre responsabilidad contractual, etc...). En contra, radicalmente, la doctrina italiana dominante (por todos, LIEBMAN, *ult. op. cit.*, p. 14).

(187) El TC ha tenido que dar amparo en las SSTC 59/96 y 15/2002, pues los órganos judiciales habían entendido que la responsabilidad civil debía derivar de una autoría penal (desenfoque que tiene raíces profundas y que, en la doctrina, puede verse, por todos, en DE DIEGO, *op. cit.*, p. 404). Infringieron, así, el mandato de los arts. 115 y 116 *Lecrim*. Sólo puede desestimarse la demanda civil de plano cuando la sentencia penal firme declara «que no existió el hecho de que la responsabilidad civil hubiese podido nacer». Si, en cambio, la sentencia penal sólo declaró que los hechos, probados, no podían atribuirse a la autoría del denunciado a los efectos de imputarle responsabilidad criminal, ello no impide a los tribunales civiles entrar a valorar *las pruebas y apreciar los hechos declarados probados en el plano de la responsabilidad civil, en el que, junto al criterio estricto de la autoría material, pueden utilizarse otros criterios de imputación (teoría del riesgo, propiedad de las cosas, culpa in vigilando o in eligendo, etc...)*. La obligación penal no es presupuesto de la obligación civil. Ya también la STC 24/84 denunciaba que el Ministerio Fiscal había confundido «los hechos en sí» y «la autoría de los mismos».

Por cierto, el caso examinado por la STC 15/2002 demuestra, por añadidura, que el Análisis económico del Derecho o formulaciones paralelas que se acuñaran, si bien puede proporcionar puntos de vista útiles, especialmente en esta materia (que es car-

b) Cuando se produzca un archivo de las diligencias previas o sobreseimiento provisional, no puede hablarse, aun siendo tales resoluciones firmes, de cosa juzgada material para un eventual pleito civil posterior, ni siquiera en relación con hechos que allí se digan esclarecidos. Puesto que no ha existido cognición jurisdiccional verdadera, ni plenas facultades de alegación, prueba y defensa. Y ya he indicado que, a mi juicio, la cosa juzgada sustancial no debe anudarse a cualquier resolución judicial que ostente la llamada cosa juzgada formal, sino sólo a aquellas que, teniendo ésta, sean además resultado de un procedimiento que haya respetado todas las garantías que el art. 24 CE impone (*retro*, II, 5) (188).

c) Entiendo que, aunque no haya habido reserva o renuncia a la acción civil, la sentencia penal no la «consume», si no hace pronunciamientos sobre la responsabilidad civil, bien porque ni siquiera llega a apreciar la existencia de delito (STC 59/96), bien porque, aun debiendo haberse pronunciado al respecto, *ex arts.* 108, 112 y 742, II Lecrim y 61, 1 LO 5/2000, no lo hizo. Esta última sentencia, en su caso, podría ser recurrida por las vías oportunas por su incongruencia omisiva. Pero, sea lo que fuere, no entra en el ámbito de aplicación del art. 116, I *i. f.* Lecrim (189). Bien distinto de la cosa juzgada negativa es,

---

gantemente su predilecta), jamás puede emplearse con pretensiones de prueba del nueve o de nuevo catón. Quien recurre en amparo ha afrontado, por unas miserables 118.320 pesetas, una causa penal, luego otra civil, en ambos supuestos con sus dos instancias correspondientes, y luego el recurso de amparo. Y, con ello, rompe todos los esquemas irreales, abstractos, inútiles a la postre, de *homo oeconomicus* u hombre racional modelo, tan caros a la ética protestante.

(188) En verdad, las actividades instructorias no resuelven una acción penal que se haya ejercitado, sino sólo buscan, sin someterse necesariamente a publicidad ni al principio de contradicción, la constatación indiciaria de una posible infracción penal y la averiguación de la identidad de la persona o personas responsables. Cfr. SSTC 52/89, 62/84 y 168/2001.

Distinto es el sobreseimiento libre (arts. 634 y 637 Lecrim), que sí puede producir efecto de cosa juzgada sustancial (cfr. también art. 144 Lecrim y STC 47/98).

(189) Así, PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1977.

Lo que creo importante, puesto que es nutrida la jurisprudencia según la cual «cuantas acciones civiles tengan cabida en el proceso penal, han de entenderse ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos consuntivos de todas ellas», lo que se aplica en ocasiones de forma indiscriminada y, por consiguiente, potencialmente conculcadora del derecho del art. 24 CE (no lo aprecia ROCA, *op. cit.*, p. 475). Así, en el caso que dirimió la STC 121/94, se anuló la sentencia civil ulterior que apreció la excepción de cosa juzgada, siendo así que en la causa criminal ni hubo constitución de parte civil, ni ejercitó la acción civil el Ministerio Fiscal, ni hubo pronunciamiento alguno al respecto en la sentencia.

En particular, creo que no podrá entenderse consumida la acción civil contra aseguradores voluntarios que no hubieran sido demandados en la causa penal —en su

claro está, el posible juego de la cosa juzgada positiva o prejudicial en el ulterior pleito civil (art. 113 Lecrim y 64, 10 LO 5/2000).

d) Sería inconstitucional, en mi opinión, entender que la legítima conculción de la acción civil por el conocimiento y enjuiciamiento de su objeto en el seno de la causa criminal, impide ya de plano toda pretensión civil ulterior de responsabilidad con base (parcial) en los mismos hechos. Pues, por el alcance lógico de la cosa juzgada, que hemos visto *retro*, II, 6, no se puede excluir que el justiciable aduzca hechos nuevos (añadidos), conforme a los arts. 222, 2, II y 400 LEC, como paradigmáticamente sucede con las lesiones agravadas en el tiempo o daños sobrevenidos (190).

e) Creo que el inicio de la causa criminal, cuando no haya de conculcarse en ella de la pretensión civil, es *interruptivo* del plazo de prescripción de ésta (arts. 111, 114 Lecrim, 1969 y 1973 C. c y 4, II LUCVM) y no puede iniciarse de nuevo su cómputo —desde cero, claro está— en tanto no esté terminado el cauce penal *ex arts.* 1969 C. c y reguladores de la prejudicialidad penal (191).

f) Entiendo, por último, que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta es la misma que la que ostenta la que se fundara en los arts. 1902-1910 C. c o en leyes civiles especiales. Me parece que, a estos efectos, es irrelevante la índole o adjetivación de la norma reguladora (192), como también estimo intrascendente a tal fin que derive de un hecho que, además, sea punible penalmente (193).

caso, por incumplimiento de la obligación que la ley impone al MF que acusa de hacerlo, no habiendo reserva o renuncia—.

(190) Pudiendo entenderse que sea competente, tanto el tribunal penal, en ejecución de sentencia (cfr. art. 115 CP), como la jurisdicción civil (cfr. STS 25-3-77).

(191) Me adhiero, pues, a DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1974, p. 164 y a la jurisprudencia pacífica a este respecto. En contra PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1974 que, como mucho, le da eficacia *suspensiva* y crítica con dureza a la línea jurisprudencial referida. No entiendo por qué ROCA, *op. cit.*, p. 474 señala que la idea del texto es consecuencia de la concepción errónea de que la responsabilidad civil derivada de ilícito penal es de naturaleza *sui generis*.

(192) Estimo suficientemente desacreditado hoy el *tic* por el que los civilistas más antiguos tendían a considerar ajeno a su objeto de conocimiento todo lo no regulado en el Código civil (por razones ideológicas o de simple pereza). Igualmente, creo que lo están sus resabios «modernos»: tanto el desaliento de los que se lamentan sin causa suficiente de la publicación y fragmentación del Derecho civil, como los que vibran ante pretendidas revoluciones que a la postre son inexistentes (la manida «descodificación» del facundo IRTI).

La realidad indicada en el texto es la que es y los civilistas que no levantan acta de ella están hoy condenados a la inanidad de su quehacer (de tono no en vano «decimonónico»). Por esto, considero que exagera con injusticia PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1976 cuando habla de que el legislador «se empeña *absurdamente* en mantener las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código penal».

(193) Por todos, LACRUZ, *op. cit.*, p. 490 y PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1973.

La menor de las consecuencias que esto tiene es la crítica que merece la terminología usual («ilícito civil», «culpa extracontractual», «delito» o «cuasidelito» civil), aspecto que tanto interés académico suscita (repito: *re intellecta, in verbis simul faciles*) (194). Más importante, en mi opinión, es que cabe aplicar a cualquier supuesto de responsabilidad civil normas reguladoras de esta institución, con independencia de su ubicación (e incluso no alegadas por las partes, en virtud del principio *iura novit curia*, con respeto a la congruencia) y con independencia del orden jurisdiccional en que se estuviera conociendo del asunto. Esto es, mientras que a casos encuadrables en los arts. 1902-1910 C. c cabe también aplicarles reglas sustantivas *de responsabilidad civil* que estén en el CP o en la LO 5/2000 (e incluso en leyes penales especiales), también a supuestos en que la responsabilidad civil deriva de un delito o falta pueden aplicarse normas que sobre la responsabilidad civil se encuentran en el C. c o en leyes civiles especiales, siempre que la naturaleza de las cosas no lo impida (arts. 4, 3 C. c y 7 Lecrim, por analogía) (195).

---

(194) Por ejemplo, actualmente se está difundiendo la moda de denominar el terreno de esta responsabilidad que nos ocupa como «Derecho de daños», por influencia de una terminología anglosajona, penosamente traducida (*Law of torts*).

(195) Me adhiero, pues, a PANTALEÓN, op. cit, p. 1975 y también a su crítica a la corriente jurisprudencial y doctrinal para la que, habiendo sentencia condenatoria, sólo pueden aplicarse a la responsabilidad civil sus normas reguladoras contenidas en el CP o en leyes penales especiales.

Con lo dicho en el texto, acaso puede también verse que:

a) Si bien no toda responsabilidad civil responde hoy a una función punitivo-preventiva (en contra de lo que el individualismo liberal propugnó), tampoco es cierto que toda responsabilidad civil funcione ya siempre al margen de aquellas finalidades y sirva sólo a un designio de distribuir los daños que en la sociedad se producen de la manera más eficiente económicamente (exageración que se está propagando de la mano del llamado «law and economics»: por todos, en nuestra doctrina, PANTALEÓN, op. cit, p. 1971, posiblemente influido también por una comprensión errada del concepto de «pena» o «penalidad», que no sólo se nutre de la penal o administrativa, sino que también engloba a las de Derecho privado [cfr. arts. 4,2 y Disp. Transitoria 3ª C. c y SSTC 24/84 y 52/89]). Buena parte del sector normativo de la responsabilidad civil (todo el que aún gravita sobre criterios de imputación subjetiva y algunos flecos de los estratos de imputación objetiva) sigue hoy persiguiendo eminentemente un objetivo de disuasión y, por consiguiente, de fomento de comportamientos celosos y diligentes y, como correlato de lo anterior, sanciona ciertas conductas, consideradas jurídicamente reprobables. Por esto, también me parece incierta la afirmación de que nunca puede la responsabilidad civil cuantificarse en función del grado de reproche o gravedad que merezca el comportamiento del sujeto responsable (por todos, PANTALEÓN, op. cit, p. 1971). Estimo que en numerosas ocasiones es perfectamente pertinente aplicar el art. 1107 C. c por analogía.

### 8. Los límites subjetivos de la cosa juzgada

De nuevo, es punto éste que bien fácilmente podría requerir un formato de monografía. Procuraré, no obstante, ceñirme a sus solos aspectos de relevancia constitucional, ya de por sí muy delicados.

Por añadidura, su importancia práctica me parece diáfana. Quien considere que abordo una polémica sólo doctrinal (como tantas de las que estérilmente se prolongan hoy), creo que aquí erraría de modo craso. Instituciones tan cardinales como las obligaciones subjetivamente complejas (y, en particular, las solidarias), las garantías, reales o personales, del crédito, los estados civiles, la impugnación de acuerdos sociales, las situaciones de cotitularidad sobre derechos reales, la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, entre otras, quedan por completo condicionadas, en su función y perfil, por la solución que se dé a esta *voxata quæstio*.

---

b) Que, aun tratándose de supuestos de responsabilidad civil con finalidad punitivo-preventiva, como puede ocurrir en la mayoría de los que son al mismo tiempo constitutivos de delito o falta, deben encuadrarse y resolverse (también por un eventual juez penal) con separación de los principios específicos que han de inspirar, por exigencia constitucional, las normas penales en sentido estricto. No sólo no son pertinentes en tema de responsabilidad civil el derecho a la presunción de inocencia (la equivocación de la STC 13/82 ha sido correctamente superada con posterioridad por SSTC 24/84, 62/84, 52/89, 367/93, 100/93 y 59/96), ni la reserva de ley orgánica, ni los mandatos de tipicidad y de prohibición de retroactividad de leyes que no sean favorables (arts. 9,3 y 25 CE), sino que sólo se debe exigir que quede acreditado el supuesto de hecho al que la ley conecta la obligación civil de resarcir/reparar: acción u omisión dañosa que sea imputable o referible a un sujeto y que haya causado los daños cuya reparación se impetra (lo que no puede verse como «eco» o «reflejo» de la presunción de inocencia, como dicen DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 6<sup>ª</sup> ed, Madrid, 1989, p. 508, sino sólo como la más cumplida aplicación de la esencia de todo mandato normativo). Ello no significa que pueda imponerse esa obligación de reparar de modo ciego, inexorable, a un sujeto (como algunos erróneamente afirman que es el *quid distinctum* de la «responsabilidad objetiva»: por todos, DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *ibidem*, p. 610), pero sí que en el juicio de imputación que necesariamente ha de hacerse, puedan jugar, además de la culpa y el dolo, otros criterios legalmente formulados («riesgo», empleo de auxiliares, etc...) (cfr. STC 15/2002).

Por lo mismo, mientras para la responsabilidad penal el órgano judicial (siempre penal) ha de respetar el principio de personalidad de la pena, en cambio, para la responsabilidad civil (aun la que sea enjuiciada por un juez de lo penal) no hay dificultad alguna en aplicar los casos legalmente previstos de responsabilidad indirecta o por hecho ajeno (arts. 1903 C. c, 118,1,1<sup>a</sup> y 120,1<sup>º</sup>, 3<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup> y 5<sup>º</sup> CP y 61,3 Ley 5/2000). Como ningún problema hay, claro está, para su heredabilidad (arts. 659 C. c y 105 CP), ni para su aseguración, voluntaria (arts. 73 LCS y 1255 C. c) o legal (arts. 75 LCS y 636 CP).

A) El *status quæstionis* al entrar en vigor la Constitución

A trazos somerísimos, la opinión común preconstitucional sobre este punto puede compendiarse así:

i) La regla general es: la cosa juzgada sólo vincula a las partes del proceso (art. 1252, I C. c). Es decir, ningún tercero puede ser perjudicado por una sentencia recaída en un pleito iniciado, desarrollado y concluido por otras personas (*res iudicata inter alios aliis non præiudicat*).

En aplicación de nociones jurídicas inveteradas, no nos salimos de esa regla cuando se ordena que la cosa juzgada vincule también a los herederos y causahabientes de las partes procesales (art. 1252, III C. c).

ii) Parecía que el art. 1252 C. c dictaba también algunas reglas especiales. En concreto, para: 1) las sentencias sobre validez o nulidad de testamentos (art. 1252, II C. c); 2) las de estado (art. 1252, II C. c); 3) y las recaídas sobre obligaciones solidarias e indivisibles (art. 1252, III C. c). Mas se ofrecían razonamientos que venían a indicar que tales desviaciones eran sólo aparentes:

a) El inciso del art. 1252, III C. c relativo a las obligaciones indivisibles era «derogado» doctrinalmente sin vacilación, puesto que se presentaba incluso como el ejemplo más patente de antinomia en nuestras leyes y se daba la primacía, bien por ser norma especial, bien por ser más coherente con los principios generales, al art. 1139 C. c, que ordena un litisconsorcio necesario (196).

b) Para algunos autores en el resto de incisos del art. 1252 C. c sólo habría aplicaciones de la representación (por ejemplo, un deudor solidario, al participar en un pleito, «representa», de manera tácita o *ex lege*, a sus compañeros codeudores; el Ministerio Fiscal, en su caso, así actúa en relación con todo interesado en el estado civil discutido judicialmente) (197). A veces los procesalistas cambiaban el término «representación» por su subespecie procesal: la sustitución procesal ordenada por la ley (198).

(196) Por todos, SERRA, ult. op. cit, p. 425 y JORDANO FRAGA, op. cit, pp. 498, 541 y 585.

(197) Sigue siendo la *communis opinio* en la doctrina francesa actual y es un razonamiento clásico (cfr. mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 70-71, 92, 103, 111, 168, 175-178, 299, 405 y 416). Era, por ejemplo, empleado por el propio CHIOVENDA, para explicar la impugnación de acuerdos sociales (*apud* TARUFFO, op. cit, p. 610, nt 6) y aún es habitual para justificar la legitimación activa del Ministerio Fiscal en determinados procesos civiles (por todos, FAZZALARI, voz «Tutela...», cit, 405) o la de las asociaciones de consumidores y usuarios descrita por el art. 11 LEC (PROTO, op. cit, p. 1259).

(198) Que parece ser una creación de los publicistas pandectistas (TROCKER, op. cit, p. 73), rápidamente importada por la doctrina italiana (CARNELUTTI, *apud*

c) Otros señalaban que las nociones de «parte» y «causahabiente» que manejan las normas a efectos de cosa juzgada no designan sólo lo que es habitual en el Derecho privado. Son conceptos procesales propios («parte procesal» y «causahabiente procesal»), de más amplio contenido (199).

d) La opinión mayoritaria afirmaba que la afectación de terceros a que aludían los párrafos citados del art. 1252 C. c no era, en verdad, consecuencia de la cosa juzgada. Era: i) un efecto de la relación sustantiva conformada por la sentencia —que, por ejemplo, al ser principal o prejudicial, no puede sino repercutir sobre relaciones jurídicas dependientes o, por ser unitaria o conectada esencialmente a otra u otras, no puede sino repercutir en otros cotitulares de ella o titulares de la relación o relaciones conexas—, o, en su caso, era un efecto de las inscripciones registrales que de la sentencia se hicieran. O sea, no son efectos dimanantes *recte* del acto jurisdiccional, sino, todo lo más, efectos indirectos, reflejos, colaterales (STC 207/89) o fácticos (200). ii) un efecto

---

TARUFFO, op. cit, p. 610, nt 10; BETTI, *apud* PUGLIESE, voz cit, p. 878) y que sigue siendo moneda corriente en ella hoy (PUGLIESE, *ibidem*, pp. 882-883, FAZZALARI, voz «Processo», cit, p. 192 —para explicar la vinculación de los causahabientes—; MENCHINI, voz cit, p. 452; PROTO, op. cit, p. 1220), de la que pasará a nuestra doctrina (por todos, RAMOS, op. cit, p. 629, DAMIÁN, op. cit, p. 1447 y SERRA, ult. op. cit, p. 425).

(199) Parece que este camino, en la doctrina moderna, lo abrió CARNELUTTI, aunque su pensamiento es muy confuso en esta materia (*apud* PUGLIESE, voz cit, p. 878, nt 385). Su desarrollo más vigoroso puede verse en este último autor. «Parte en sentido procesal», según él, ha de considerarse a todos los cotitulares de una legitimación plena para litigar sobre un objeto, aunque no hayan participado en concreto en el pleito (por ejemplo, codeudores solidarios, consumidores afectados por un producto defectuoso). Y «causahabiente en sentido procesal» habría de ser todo titular de una relación jurídica que dependa en sentido amplio de la discutida en el pleito (por ejemplo, todo garante en relación con juicios sobre la obligación principal o todos aquellos que deriven derechos del *status* litigioso). Le sigue BUSNELLÍ, op. cit, pp. 417 y ss.

(200) El número de autores adscribibles a este pensamiento llenaría varias páginas y un artículo de no poca extensión exponer con precisión sus matices diversos.

Parece cierto que la idea arranca —como tantas otras de las actuales— de la etapa más fructífera del pandectismo alemán, con conexión con la *Reflexwirkung* contractual de JHERING. Fue desarrollada por WACH, con apoyo en la doctrina medieval de los *contradictores legitimi* (diferenciando la *Tatbestandswirkung*, que es la que se daría en estos casos, de la verdadera *Rechtskraftswirkung*) y HELLWIG, que elaboró la noción de «dependencia civil» (cfr. TROCKER, op. cit, pp. 38, 42 y 54). De hecho, TROCKER (op. cit, pp. 53 y ss) también nos indica que KUTTNER la definió como *Nebenswirkung* de la sentencia, para lo que SCHWAB prefirió hablar de *Drittwirkung der Rechtskraft* (negando que pudiera hablarse en puridad de una *Enstreckung der Rechtskraft* [extensión de la cosa juzgada]).

De ahí fue importada *in toto* para Italia por BETTI y CARNELUTTI (*apud* PUGLIESE, voz cit, p. 878, nt 385) y, sobre todo, por CHIOVENDA, que acuña el conocido retruécano: «tutti sono tenuti a riconoscere il giudicato tra le parti, però non pos-

propio de la sentencia, pero secundario y muy distinto del principal de la cosa juzgada (201).

Era habitual, además, aseverar, con tono, o irritado o de burla, que quienes no suscriben estas explicaciones, incurren en el error grosero de creer en el valor *absoluto* de la sentencia, como si ésta fuera el Evangelio (202).

De este modo, las pretendidas desviaciones a la regla áurea *res iudicata inter partes* acababan siendo presentadas como meras ilusiones ópticas en las que sucumben sólo el legislador torpe y los doctrinarios menos cautos o más perversos. Y aun este modo de razonar valía para alguna otra hipótesis que de forma esporádica era vista como poco armónica con aquella regla (en particular, acción subrogatoria *ex art.* 1111 C. c, garantías del crédito, impugnación de acuerdos sociales y primeros barruntos del tema de los «intereses difusos»).

Se lograba así una paz académica monolítica (203). Hasta tal punto faltaban discrepancias de fondo, que algunos llegaban a afirmar que la cuestión de los límites subjetivos de la cosa juzgada era un problema falso: siendo nítida la vigencia irrestricta de la regla áurea indicada, lo único que precisaba estudio era el problema de sus límites objetivos (204).

---

sono esserne pregiudicati» (*apud* MONTELEONE, op. cit, p. 11; MENCHINI, voz cit, pp. 455 y 462 y PUGLIESE, *ibidem*, p. 877) y por ALLORIO (el propio autor resume su tesis, publicada en *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, décadas después en «Trent'anni...», cit, pp. 432 y ss). Actualmente, sigue siendo defendida en Italia, con ardor extremo, por MONTELEONE, op. cit, pp. 134 y 167; y, con más contención, por PROTO, op. cit, pp. 1218-1219 y 1238 y MENCHINI, voz cit, pp. 454-458 (para explicar la sujeción a la cosa juzgada de los causahabientes), y en Alemania por ZEUNER y otros autores que cita TROCKER, op. cit, pp. 70 y 86.

Era —y aún es— la explicación favorita de nuestra doctrina, que la aplica, con distinta intensidad y terminología, aparte de a los casos que señalaba el art. 1252 C. c, a las comunidades de bienes: por todos, SERRA, ult. op. cit, p. 425; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit, p. 304; RAMOS, op. cit, p. 629; JORDANO FRAGA, op. cit, pp. 536, 542 y 584; DAMIÁN, op. cit, p. 1448; ATAZ, op. cit, p. 49 (para las obligaciones solidarias); DE LA OLIVA, op. cit, pp. 396 y 401. También ha sido acogida *in toto* por la STC 58/88, en un caso de subarriendo.

(201) Es la conocida e ingeniosa tesis de LIEBMAN, que reproducimos *retro*, II,4.

(202) Por todos, véanse, en nuestra doctrina, CORTES, op. cit, p. 497; y DE LA OLIVA, op. cit, p. 404, que llega a reprochar a sus contradictores «una comprensión lamentable del instituto (*sic*) de la cosa juzgada».

(203) De hecho, para LIEBMAN, «L'efficacia», cit, p. 16, las diferencias entre autores podían considerarse sólo nominales o simplemente dependientes de la construcción dogmática que cada uno prefería.

(204) La afirmación se remonta a un autor alemán (MENDELSSOHN-BARTHOLDY), *apud* PUGLIESE, voz cit, p. 876 y se propala entre nuestra doctrina (por todos, GÓMEZ ORBANEJA, op. cit, p. 304 —para quien todo cambio de persona supone ya acción diferente—; CORTES, op. cit, pp. 492-493 y RAMOS, op. cit, p. 629).

## B) El terremoto que el art. 24 CE provoca en la *communis opinio* doctrinal

A primera vista, podría parecer que la entrada en vigor de nuestra Constitución debería haber tenido poco impacto en esta *crux iuris*; es decir, lo esperable *prima facie* era que se afirmara que el art. 24 CE se limitó aquí a constitucionalizar la regla *res iudicata inter partes*, puesto que prohíbe toda indefensión, dotándola de las garantías propias de los derechos fundamentales (205).

Sin embargo, eso no ha sucedido. La doctrina, de manera lenta pero paulatina, fue tomando consciencia del valor normativo de nuestra Carta Magna y, al intentar consiguientemente encajar la *communis opinio* referida en los mandatos directos del art. 24 CE, percibe (en su caso, de forma sólo intuitiva o semi-consciente) que ésta era de fundamentación conceptual y técnica muy débil. También repara en líneas jurisprudenciales estables que, pese a estupores y críticas acerbas doctrinales, siguen, todo lo más, sólo nominalmente a las explicaciones manualísticas al uso.

En particular, a raíz de dos sentencias del *Bundesverfassungsgericht* alemán (206) y otras dos de la Corte Costituzionale italiana (207), se

---

(205) De hecho, ésa fue la lectura casi unánime que dio la doctrina italiana de todo el art. 24 C. it hasta los años 60'. Por todos, véase LIEBMAN, ult. op. cit, p. 17. Cfr lo dicho, *retro*, nt 18.

(206) En una de 1967 apreció lesión al *rechtliches Gehör* en un juicio de impugnación de paternidad, iniciado por el Ministerio Fiscal y desarrollado en ausencia del padre legalmente determinado hasta aquel momento, de conformidad con el parág. 1595 BGB (hoy modificado), que acabó con una sentencia que, según el parág. 643 ZPO, producía efectos de cosa juzgada «für und gegen alle». La segunda sentencia a que me refiero es de 1982 e igualmente apreció indefensión en un proceso de disolución de una sociedad de responsabilidad limitada al que no habían sido llamados todos sus socios (por no exigirlo la legislación ordinaria aplicable). Pueden verse más detalles en TROCKER, op. cit, pp. 72 y ss.

(207) La primera fue de 20-12-68 y declaró inconstitucional la norma tributaria por la que se establecía que, desde que se comprobaba el valor por la Administración en un procedimiento tributario seguido contra sólo uno de los coobligados solidariamente al pago del impuesto, ya se iniciaba el decurso del plazo para que cualquiera de los coobligados (el que fue parte del procedimiento y los que no) pudieran recurrir a la jurisdicción.

La segunda sentencia ha sido referida, *retro*, II,7, pues entendió inconstitucional el art. 28 C. p. en cuanto ordenaba que afectase la cosa juzgada penal a terceros que no hubieran podido participar, de hecho o de derecho, en la causa penal.

Son consideradas «sentencias históricas» por COMOGLIO, *Overrruling*, cit, p. 727 y, desde luego, fueron, como señala también ALLORIO, op. cit, p. 428, el pistoletazo de salida para un repensamiento *da capo* de esta materia.

perfila, sobre todo en el país transalpino, un grupo doctrinal nutrido, y muy enfático e ideologizado (208), que afirma:

i) La regla *res iudicata inter partes* no sólo es mandato constitucional inconcuso; es también plasmación positiva de los valores «Justicia», «libertad», «igualdad» y, en suma, de la «dignidad humana». El proceso civil porta genéticamente el carisma de esa limitación de la cosa juzgada; si así no fuera, ya no sería proceso civil, sino un trágico instrumento liberticida y la cosa juzgada no tendría autoridad, sino autoritarismo. Sólo su limitación logra que se respeten los principios de contradicción y defensa, que son el alma del proceso. Si se permitiera que algún tercero quedase vinculado por una cosa juzgada «se dispone irremediabilmente de su persona y de su vida sin que él haya podido hacer escuchar su voz» y ello sólo es admisible en un Estado Leviatán totalitario, con un Juez que sea su agente, sin respeto por la dignidad y personalidad de los individuos (209).

ii) Por consiguiente, ni una sola desviación a la regla anterior puede tolerarse en las leyes (210). Si hay supuestos con pluralidad de personas implicadas en los que se deja sentir con vehemencia la necesidad práctica de una sola sentencia, sólo cabe, con la Constitución en la mano, una solución: el *litisconsorcio necesario* (211).

---

(208) Cosa que singulariza —creo que no felizmente— a la doctrina italiana reciente. También, en cualquier caso, la corriente que se describe en el texto ha irrumpido en la doctrina procesal alemana (véase TROCKER, op. cit, pp. 77-79), aunque con contenidos —como también es consabido— más sólidos.

(209) Son todas frases —ínclitas— de MONTELEONE, op. cit, pp. 10, 150, 151, 153 y 154. Quien, a veces, como encarnación del mal, sustituye al Estado totalitario, socializante y Leviatán por la doctrina bárbara medieval. Su tesis estaba ya preanunciada por VOCINO, op. cit, *passim* y también deja sus huellas en COMOGLIO (por ej, «Lite tributaria e tutela giurisdizionale dei terzi», *Riv. Dir. Pr.*, 1987, cit, p. 596) y muchos otros autores que citan.

Con un tono mucho más mesurado, se ubica en esta línea de pensamiento, entre nosotros, mi maestro JORDANO FRAGA, op. cit, *passim*. Por ejemplo, p. 555: «ambos aspectos son, según se sabe, inseparables: relatividad subjetiva de la cosa juzgada y posibilidad de audiencia/contradicción/defensa».

(210) COMOGLIO, *Overruling*, cit, p. 738; también en «Lite...», cit, p. 594; MONTELEONE, op. cit, *passim*. Sólo a título de ejemplo, p. 162: «orbene, se i valori della libertà e dell'eguaglianza costituiscono i principi supremi del nostro ordinamento giuridico, e se la regola *inter partes* è inerente a tali principi, devesi concludersi nel senso che nessuna posizione sostanziale può avere caratteristiche tali da prevalere sul piano giuridico e costituzionale su di essi»; VOCINO, op. cit, *passim*. En *obiter dicta* comparece esta idea en SSTC 207/89 y 150/99.

(211) COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 742; MONTELEONE, op. cit, pp. 116 y 168, para todos los supuestos que tradicionalmente se presentan como de sustitución procesal, llegando a afirmar que es la única solución «moral, justa y civilizada»; FAZZALARI, voz «Processo», cit, p. 161: deberá haber tal siempre que se pidan resoluciones

Si la ley no lo impone (expresa o tácitamente), no hay más remedio que aceptar, en su caso con resignación, que la sentencia sólo vinculará a sus partes procesales.

iii) Permitir que a las partes y a terceros se les pudiera dar un mismo trato procesal, constituiría una lesión al principio de igualdad (212).

Desde tal atalaya, este grupo doctrinal se lanza a escudriñar febrilmente el ordenamiento y halla numerosas disposiciones inconstitucionales. De hecho, sus lecturas alteran profundísimamente las disciplinas tradicionales de un sinfín de instituciones de Derecho privado (por ejemplo, las obligaciones solidarias, las garantías personales del crédito, la impugnación de acuerdos sociales o de comunidades y las acciones de estado) y del propio Derecho procesal (la «sustitución procesal», el régimen de la sucesión en el derecho litigioso y la sentencia dictada en rebeldía) (213).

Sea a consecuencia de reflexión propia estimulada por nuestro art. 24 CE, sea por importación, más o menos exacta, de la corriente italiana reseñada, la doctrina española en los últimos tiempos parece hacer suyas estas conclusiones (214).

destinadas a desarrollar efectos en el patrimonio de más de dos personas; MENCHINI, voz cit, p. 456 para todos los casos de cotitularidad (donde incluye a las relaciones jurídicas de sociedades y asociaciones).

(212) MONTELEONE, op. cit, p. 156.

(213) Por todos, COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 743, nt 68.

Por lo ya dejado entrever, me parece inadmisibile la distinción que insinúa este autor, *Commentario*, cit, p. 31 de que los juristas progresistas ven inconstitucionalidades en la ley ordinaria y los conservadores, no. En mi opinión, lo importante habrá de ser la corrección del razonamiento enjuiciador, sea cual fuere el resultado que se obtenga y, por supuesto, al margen de la etiqueta «ideológica» que su artífice se autoatribuya (cosa, además, en extremo voluble, sobre todo en Italia).

A este respecto, creo que tildar de inconstitucionales normas previas a 1978 ha producido en nuestro país durante un tiempo una sensación cálida de alegría cívica, tanto en el sostenedor, como en sus lectores, pues al placer «freudiano» que destruir algo anterior siempre provoca, se unía el que, entre nosotros, a todo lo anterior se le ha dado con abuso indiscriminadamente la consideración de «totalitario» o «autoritario». Pero me parece que, lograda que ha sido la normalidad democrática, es tiempo ya para retornar a carriles de mayor seriedad argumentativa.

Por otra parte, insisto: ideologizar el trabajo jurídico no es malo en sí, puesto que todo autor y agente jurídico tiene su visión del mundo, sus anhelos y simpatías —lo quiera o no—. Pero es perverso ideologizar con escasa preparación técnica y con conocimiento precario del Derecho positivo vigente. Y eso, a mí me lo parece, ocurrió a saco por desgracia en una Italia «sesantottina» y lamentablemente se propagó después con virulencia a nuestro país (de ahí demasiadas frivolidades infelices y, a la postre, pobrísimos frutos de la llamada «cultura progettuale» y del análisis «alternativo» del Derecho).

(214) Por ejemplo, entienden que la regulación codicial de la solidaridad pasiva es inconstitucional *ex art. 24 CE* ALAMILLO SANZ «La solidaridad de deudores y el litis-

En su caso, peculiaridades nuestras parecen haber sido:

- i) La crítica al art. 1252 C. c se tornó furibunda (215).
- ii) El recurso al litisconsorcio necesario se expandió en proporciones ingentes, sobre todo en su modalidad «impropia» o «tácita» (216). Además, apreciar su infracción conducía a una sentencia absolutoria en la instancia, incluso cuando se hacía en segunda instancia o lo hiciera el TS al resolver un recurso de casación. Añádase que se permitía siempre relevarla de oficio y que no se admitía que una parte llamara en causa a otros sujetos más que cuando la ley expresamente lo preveía, puesto que se consideraba una eventualidad *excepcional* (217).
- iii) Se negaba que el Juez de oficio pudiera adoptar medidas para preservar el derecho de defensa de las partes. Pues quebrantaba el principio de disposición y de igualdad de armas (218).
- iv) Se apuntaba que no puede aceptarse vinculación de un tercero por una cosa juzgada «porque vendría, así, en suma, a padecer los efectos de la actividad procesal de otros —que pensaban, al realizarla, en su propio interés y no en el de terceros—» (219).

---

consorcio pasivo necesario», *La ley*, 1984, pp. 1089 y ss; GÓMEZ ORBANEJA, *apud* LACRUZ, *op. cit.*, II,1, p. 56; CAFFARENA, *Comentarios del Código civil*, II, *sub art.* 1144, p. 138 para la solidaridad *ex lege*; DAMIÁN, *op. cit.*, p. 1448 y —parece— JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 587.

Consideran inconstitucional toda afectación de un garante (en particular el fiador) por la cosa juzgada de la sentencia recaída entre el deudor principal y el acreedor DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, Vol. 3º, 2ª ed, Barcelona, 1986, p. 532, retractándose de su opinión originaria y DÍEZ PICAZO, *L Fundamentos*, *cit.*, p. 434.

El TC parece recepcionar esta *forma mentis* en su STC 316/94: «La cosa juzgada sólo puede afectar a quienes, habiendo participado en el proceso o habiendo desaprovechado la oportunidad de hacerlo, son los destinatarios directos y explícitos de la decisión judicial y figuran como tales en la parte dispositiva o fallo» y, con posterioridad, en STC 150/99.

(215) Por todos, CORTES, *op. cit.*, pp. 494 y 496 y DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 404, quien llega a afirmar que la norma era «letra muerta» y que en ella existían peticiones de principio. Ya hemos dicho que se ponía unánimemente como ejemplo paradigmático de antinomia legal (en lo relativo a las obligaciones indivisibles).

(216) Véase DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 405 y JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 539, 580, 604 y 607 con cita abundante de doctrina procesal.

(217) Así, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 621, en relación con la acción subrogatoria y, para la solidaridad pasiva, CAFFARENA, *ult. op. cit.*, p. 139; GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, arts. 1125-1155, Madrid, 1983 y DÍEZ PICAZO, *L Fundamentos*, *cit.*, p. 230.

(218) Puede consultarse la doctrina procesal que reseña JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 510.

(219) JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 578 y 589.

## C) Enfoque constitucional correcto de la cuestión

Albergo numerosas dudas sobre la bondad de estas ideas reseñadas. Ante todo, sobre la exactitud de la lectura constitucional de la que parten. Pues:

1) Ya expuse *retro, sub I, B, 1, a*, que el proceso civil es concebido por nuestra Carta Magna como un instrumento respecto de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Luego para enfocar esta cuestión correctamente (y, quizá, para llegar a las mismas conclusiones que esta corriente defiende) no creo que se deba partir (sólo) de las exigencias del proceso como forma autónoma o fin en sí mismo. Hay que hacerlo *también* desde la óptica del ciudadano que impetra tutela judicial para sus posiciones activas legítimas (220).

A tal fin, pórtese *in mente* que parece un dato cultural-jurídico ya sólido que las posiciones activas individuales en nuestro ordenamiento constitucional *no se ciñen sólo a los derechos subjetivos*, tal y como se entendió durante décadas por influencia de los modelos, primero iusnaturalistas racionalistas y, ulteriormente y sobre todo, pandectistas liberales. Hay también «intereses legítimos» (o «difusos»), aparte de potestades, facultades y posiciones peculiares como las representadas por la posesión (221).

---

(220) Por tanto:

i) Me parece obvio que sí hay que partir de los dictados de la Carta Magna (arts. 9, 53,1 y Disp. Der. 3ª CE). No creo, pues, que acertara la doctrina italiana que dominó hasta finales de los años 60', cuando consideraba «macchinoso» manejarlos aquí (así, por todos, ALLORIO, *op. cit.*, p. 433 y el primer COMOGLIO, «L'art. 28 C. p. p e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato», *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 664). Cfr. *retro*, nt 18.

ii) El art. 24 CE impone que toda causa civil deba seguirse con todas las garantías procesales, por lo que me parece inviable, por ejemplo, justificar excepciones al principio *res iudicata inter partes* con una mera remisión a la «regulación sustantiva» (como hizo COMOGLIO, *ibidem* y parecen hacer hoy aún DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 401 y MENCHINI, *voz cit.*, p. 455). Es necesario tener en cuenta que el art. 24 CE consagra también un derecho fundamental de los ciudadanos a unas formas procesales (aciertan, pues, al rectificar, el segundo COMOGLIO, *Overruling*, *cit.*, p. 738 y «Lite...», *cit.*, p. 594 y PROTO, *op. cit.*, p. 1218). En nuestra doctrina, es exacto el pensamiento en tal sentido de JORDANO, *op. cit.*, p. 538.

iii) Pero ha de evitarse la lectura, habitual entre los procesalistas, del proceso como institución (jaula) autosuficiente y que no tiene más fin que sí misma: el proceso es una forma enderezada sobre todo a lograr tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todos los ciudadanos.

(221) Y sobre ello exhorto, para el objeto de este estudio, a prescindir de: i) la ideologización que *subiecta materia* se ha padecido, por la que se han llegado a afirmar lindezas del tipo: representa la muerte del individualismo liberal burgués y la inminencia

También indiqué allí que el derecho fundamental del art. 24 CE —y, por tanto, también el de defensa—, lejos de imponer al legislador ordinario un mandato cerrado en todos sus aspectos, le deja un amplio ámbito de conformación libre.

Por otra parte, el derecho de defensa, como cualquier otra de las «facetas» que integran el derecho complejo del art. 24 CE, no puede verse como una posición activa carente de límites (222): i) Los tiene, ante todo, implícitos, de manera que en modo alguno puede leerse la prohibición de indefensión del art. 24 CE como sustento para ejercicios de la misma abusivos o antisociales o contrarios a la buena fe objetiva. Por ello, creo constitucional y sano que al Juez corresponda reprimir en todo momento actitudes en verdad dilatorias o fraudulentas que se quisieran amparar formalmente en el derecho de defensa (arts. 4, 3 y 7 C. c, 11 LOPJ, 247 y 286, 4 LEC) y resulten, a la postre, contrarios al logro de una tutela efectiva (223). No ha de sorprender, pues, la jurisprudencia reiterada del TC que, para poder hablar de indefensión, exige que la privación o limitación de la defensa no haya sido referible, reprochable o imputable precisamente a quien la alega (ni a su representante técnico o defensor, claro está) (224). ii) También los ha de

---

de un ordenamiento socialista, con las consecuencias pretendidas, para el proceso civil, de encarnar el fin de su modelo burgués regido por los principios dispositivo, contradicción, defensa y de igualdad de armas de las partes (la literatura al respecto, sobre todo italiana y, en su mímesis, patria es muy abundante); ii) discernir si los «intereses difusos» son un derecho subjetivo menor o un interés legítimo administrativo mayor o, acaso, un *tertium genus*, puesto que estimo que es un enfoque poco fructífero a efectos prácticos (y también tributario del neopandectismo italiano).

Lo que aquí sólo me interesa recalcar es que lo señalado en el texto me parece una realidad objetiva inobviable hoy en el ordenamiento jurídico-privado de un Estado social y democrático de Derecho, que tiene como valor superior el «pluralismo» (art. 1 CE).

Por ello, por sólo poner un ejemplo, me parece inexacto FAZZALARI, voz «Processo», cit, p. 158 cuando sigue exigiendo un derecho subjetivo para poder impetrar la tutela judicial civil. Véanse los arts. 7,3 LOPJ y 6,1,6º y 7º y 11 LEC.

(222) Me parece casi innecesario recordar que los derechos fundamentales pertenecen a la categoría de *derechos absolutos* en el sentido de que se pueden oponer y ejercer *erga omnes* —en el sentido exacto que a esta locución hay que dar: véase *retro*, nt 134—, pero no porque carezcan de límites (SSTC 11/81, 214/91, 179/86, 160/98). Por ello, algunos proponen hablar de *derechos generales*, pero, como vengo reiterando en este trabajo, la cuestión terminológica me parece secundaria, siempre que se tengan claras las ideas.

(223) EM LEC, puntos V y VI, donde se pone como ejemplo la regulación nueva que ha sido preciso dar a la recusación. STC 170/99.

(224) Exigencia que, como pone de relieve DÍEZ-PICAZO, Ig, op. cit, p. 52, se solapa con el enunciado del art. 44,1,b LOTC, que requiere, para que pueda darse amparo por el TC, que la violación del derecho fundamental sea imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión del órgano judicial.

tener como consecuencia de coexistir con otros derechos fundamentales. Por tanto, conforme a lo sentado en la parte I, me parece lícito llevar a cabo una operación hermenéutica en que derecho a la cosa juz-

Como se sabe, la cinceladura del concepto de «indefensión» constitucionalmente proscrita es uno de los puntos más delicados que exhibe la mole de resoluciones que el TC ha dictado sobre el art. 24 CE. Es una constante en esa jurisprudencia el evitar identificar indefensión con cualquier anomalía acontecida en el proceso (frente a una obvia tendencia contraria mantenida paroxística y a menudo abusivamente por abogados y autores, alentada, precisamente, por la relativa genericidad de la expresión usada por el texto constitucional). Por ejemplo, las SSTC 77/86 y 165/99 afirmaron que la indefensión con relevancia constitucional había de ser sólo la cubierta por cosa juzgada, idea desafortunada que ya critiqué cumplidamente *retro sub* II,5. Más extendido es el criterio de que la privación o limitación de las posibilidades de defensa sólo conculca el art. 24 CE si ha acarreado un perjuicio efectivo al recurrente, lo que es denominado por el TC «indefensión material» y se contrapone a una mera «indefensión formal» (razonamiento inaugurado por STC 118/83 y que ha devenido *topos* constante). Sin embargo, tampoco supera con éxito todas las objeciones posibles. A saber: i) la irrelevancia en todo caso de la mera «indefensión formal» puede ser a veces difícil de aceptar, ya que el art. 24 CE no es sólo un derecho formal, o sea, sobre el *cómo* del *processus iudicis*, como ya he indicado, *pero, desde luego, es también un derecho formal* en tal sentido; ii) y, sobre todo, tal y como finalmente advierte STC 26/99: «pues, para concluir que el derecho de defensa resulta materialmente inútil, es preciso saber cuál sería en todo caso la solución del litigio, pero esa solución sólo pueden darla los órganos judiciales tras el proceso debido. Porque efectivamente, en segundo y muy principal lugar, la idea de que el derecho de defensa es sólo aquel susceptible de producir algún fruto material a quien lo ejercita supone, nada más y nada menos, prescindir de la idea misma de proceso (...). El derecho de defensa es, debe afirmarse, primera y principalmente un derecho formal».

Advierte el problema DÍEZ-PICAZO, Ig *ibidem*, aunque creo que no acierta con la crítica, pues se limita a censurar las denominaciones acuñadas por el TC (y, aunque en verdad son desafortunadas, son sólo un aspecto epidérmico del problema). De hecho, el TC ha intentado en ocasiones variar la terminología: así, la STC 194/87 contrapuso a la indefensión material una simple «violación teórica o ideal», las SSTC 52/89, 188/92 y 289/93 identifican la indefensión formal como «la propia del Derecho procesal», aunque ninguna de estas variantes parezca mejor que la más recurrente.

Lo constante es la idea de fondo que late en el quehacer del TC sobre este punto. Como sucintamente expresan las SSTC 215/89 y 289/93, consiste en no tener que dar amparo ante cualquier incumplimiento de los requisitos y trámites marcados por las leyes procesales, sino sólo cuando, haya habido o no infracción de ley, se haya producido una privación del disfrute de una oportunidad real de alegar y probar en defensa de los derechos e intereses legítimos. Y, en sí, más allá de las palabras usadas en cada caso, me parece elogiable y perfectamente cohonestable con el valor y alcance del art. 24 CE.

Lo que ha ocurrido también es que el recurso de amparo presenta limitaciones técnicas muy relevantes para poder perseguir ese designio con solidez. En concreto, me refiero a la dificultad que tiene el TC para fijar los hechos realmente acontecidos (aspecto esencial para la aproximación sustancial o espiritual que busca hacer) y acaso ello explica que, en ocasiones, este tribunal haya oscilado entre un doctrinarismo algo pomposo y formalista y un pragmatismo laxo (sí denuncia este aspecto, con corrección,

gada y derecho de defensa clamen por sus fueros y, haciéndolo, se limiten entre sí extrínsecamente (como lo hacen el derecho al honor, propia imagen e intimidad y el derecho a la libertad de expresión — art. 20, 4 CE—, como acontece con la inviolabilidad del domicilio y la flagrancia de un delito —art. 18, 2 CE—, etc...) (225).

Y no sólo: por lo indicado, también el derecho de defensa debe coordinarse con todos los derechos e intereses de los ciudadanos que tengan protección constitucional equivalente (el art. 10, 1 CE no en vano presenta al «respeto a los derechos de los demás» como fundamento del orden político constituido) (226).

A su vez, en esa interpretación conciliadora pueden manejarse criterios o puntos de vista basados en fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos (SSTC 22/84, 120/90 y 174/95). Esto es, así como, por ejemplo, jamás, a mi entender, puede justificarse una restricción al derecho de defensa con una apelación genérica al interés general (227), ni a la seguridad jurídica que de forma algo vaporosa enuncia el art. 9, 3 CE, ni a exigencias de raciona-

---

DÍEZ-PICAZO, Ig, *ibidem*, p. 52). Acaso la previsión en la nueva LEC de un incidente extraordinario de nulidad (acompañado de cautelas para reprimir su más que posible empleo dilatorio o desviado) y del recurso extraordinario por infracción procesal, en los que podrán fijarse con exactitud los hechos acontecidos, a los efectos de aplicar con rigor lo dispuesto por el art. 230,1 LEC —el llamado principio de conservación de los actos procesales—, coadyuven en lo futuro a mejorar este aspecto esencial de la doctrina constitucional.

(225) Poco feliz a la letra, pero, leída *in bonam partem*, indicativa de lo que se dice en el texto, es la frase de STC 77/86 (ponente DÍEZ-PICAZO, L): «quiere decir que no puede formularse ningún tipo de agravio al Tribunal —suponiendo que se viola el derecho a la tutela judicial efectiva de uno— cuando trata de preservar ese mismo derecho de otro». Mejor STC 194/87: «la estimación en exceso de alguno de los derechos del art. 24 CE de una de las partes puede traducirse en menoscabo de los que el mismo precepto reconoce en igual medida para la otra», lo que es parafraseado también por la STC 186/91 y aplicado por la STC 14/92 que cree conforme, en virtud de este razonamiento, con la Constitución, un embargo trabado *inaudita altera parte* («la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos aspectos la efectividad de la medida cautelar y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual puede llegar a menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva»).

(226) Precisamente, es esta delimitación y armonización de los distintos derechos fundamentales una de las tareas más importantes y delicadas de la hermenéutica constitucional (con particular trascendencia y responsabilidad la que ha de hacer el TC, pero también debida para la doctrina y jueces).

(227) «Bien común» o locución equivalente. Pues *per se* nada aporta, presentándose cada producto normativo obviamente como «exigencia del interés general» en su Exposición de Motivos y creyendo todo legislador (tanto el moderno como el pretérito, de uno u otro sesgo ideológico), de buena fe, como igualmente es obvio, que esa presentación responde a la verdad.

lidad y eficiencia del ordenamiento (228), sí puede, en cambio, hacerse con apoyo en otro derecho fundamental o faceta de él (por ejemplo, el de tutela judicial efectiva) y con complemento argumentativo extraído de requerimientos de seguridad jurídica o de eficiencia o economía procesal (229).

Esto es lo que puede explicar, en suma, que acaso el derecho de defensa en el proceso civil, si bien tiene un mismo fundamento y *ratio*, no tiene por qué ser desarrollado por el legislador ordinario en términos miméticos respecto de lo que haga en el proceso penal (o, dicho con otras palabras, el contenido esencial del derecho de defensa penal, siendo igual de invulnerable que el de defensa civil —*ex art. 53, 1 CE*—, presenta más extensión). Pues en el proceso penal ese derecho está preordenado a salvaguardar el bien precioso de la libertad personal (art. 17 CE, «el núcleo más sagrado de los derechos fundamentales», según la STC 41/97), al que creo subordinado el *ius puniendi* del Estado (230).

2) De esa manera, sin desdeñar que el reconocimiento del derecho de defensa para todo proceso en el art. 24 CE dota de una posición intangible a los ciudadanos frente al legislador ordinario (derecho de libertad), considero legítimo que éste pueda, conforme a los parámetros expuestos —y los que expondré *infra sub e*—, modularlo en cada

---

(228) Así se expresó la Sentencia 55/71 de la CC italiana, ya varias veces referida y parece que es la doctrina del TC alemán, *apud* TROCKER, *op. cit.*, p. 59. Véase también COMOGLIO, *Overruling*, *cit.*, p. 720 y MENCHINI, *voz cit.*, p. 455.

Así, por ejemplo, no me parece suficiente que DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 403 justifique la regulación de la cosa juzgada de sentencias sobre impugnación de acuerdos sociales en el interés general a secas (y menos que lo haga a través de una aplicación analógica de la regulación de las sentencias de estado), como tampoco que justifique la vinculación de consumidores y usuarios a una cosa juzgada ajena sobre la sola base de la seguridad jurídica, ni que otro tanto, en Italia, haga MENCHINI, *ibidem*, p. 461 para dar eficacia *erga omnes* a las sentencias que anulan patentes o que afecten a la circulación de la riqueza inmobiliaria (y esto último, como indiqué *retro*, II,6 me parece un disparate, aunque esté muy propalado).

(229) Ahí sí queda campo libre para esos criterios hermenéuticos complementarios, puesto que, por definición, el principio *pro libertate* no puede jugar. Pues tan necesitado de expansión, en la duda, está el derecho de defensa como el otro derecho fundamental que con él entra en conflicto.

(230) Repárese en que la STC 41/97 recalca que «como tal, la potestad pública de imponer penas que se ventila en el proceso penal no es susceptible de amparo (...) La CE no otorga ningún derecho a obtener condenas penales, pues la potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace de la ley, no de la CE».

Por ello, me parece base para posibles errores (y graves) la tendencia de numerosos autores (y abogados, claro está) a extrapolar al proceso civil soluciones que el TC ha dado para el proceso penal.

caso y, en particular, dictar supuestos en que la cosa juzgada pudiera vincular a terceros. Y, si así actúa, creo que huelgan también los reproches gravísimos —y acaso a veces alegremente blandidos *subiecta materia*— de totalitarismo, injusticia y lesión a la dignidad humana (231).

Es más, considero que, por lo visto en la parte I, el derecho a una tutela judicial realmente efectiva exige, en determinadas ocasiones, no sólo que la resolución judicial sobre el fondo obtenida tenga cosa juzgada, sino que, en la extensión que a ese efecto da el art. 222 LEC, ello vincule a ciertos terceros. Lo contrario, *en esas ocasiones determinadas y respecto de unos terceros muy precisos*, supondría obtener una tutela judicial *no efectiva* (232).

Por poner sólo algunos ejemplos que estimo paradigmáticos, ¿cómo podría el principio *res iudicata inter partes*, si se eleva a dogma, permitir tutela judicial realmente efectiva a los que hoy se denominan «intereses difusos» o colectivos? (233) ¿cómo lo permitiría en relación con las acciones de estado? (234) ¿cómo en las impugnaciones de acuerdos sociales o de comunidades de bienes? (235).

Esto es, en palabras técnicas, ¿cómo podría ese dogma hacerlo en supuestos en que el objeto de cognición y enjuiciamiento judicial es

(231) STC 111/92 «En sí misma, esta posibilidad de extensión de los efectos de una resolución judicial más allá de la ordinaria eficacia *inter partes* no resulta contraria a la Constitución, siempre que se respeten los derechos constitucionales de todos los afectados».

(232) STC 171/91: «Es cierto que el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no se agota en los márgenes del art. 1252 C. c, toda vez que ese precepto no pudo prever la totalidad de los efectos de las sentencias que han de extender sus efectos a sujetos distintos a las partes procesales. Pueden existir así otros supuestos de extensión de los límites de la cosa juzgada a terceros que hay que integrar en la declaración contenida en el art. 1252 C. c y cuyo desconocimiento por un pronunciamiento judicial posterior resultaría contrario a la tutela judicial efectiva».

(233) Creo que la percepción de esto está ya hoy bastante extendida. También que el mecanismo cancelado por el art. 3 LCS es sólo parcial e insuficiente.

(234) En nuestra doctrina, magnífico, como es usual, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, cit, p. 67 «al ordenarse por prejuicio dogmático la relatividad de la cosa juzgada aquí por el *Code*, se permite que una persona tenga distintos *status* según frente a quién, lo que lleva a desconocer lo que constituye el fundamento y la esencia jurídica del estado civil».

(235) Podría ser buen ejemplo de lo que quiero poner de relieve el supuesto que resolvió la STC 126/89. Entendió que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a la esposa separada no podía oponerse al arrendador, pues «no estamos en los supuestos de eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada del art. 1252 C. c» y, por ello, reputó legítima la sentencia que desahució a la usuaria, tras un pleito seguido sólo entre el arrendador y el arrendatario (el esposo de aquélla). A mi juicio, la aproximación formalista, dogmática que aquí hizo el TC al problema real, condujo a una solución que posiblemente no fuese la más equitativa, pues ¿dio efectividad real, con su lectura formalista, al derecho subjetivo de uso que había sido atribuido por sentencia firme a la esposa?

inescindible o indivisible respecto de una pluralidad de personas, sin que deba jugar un litisconsorcio necesario? (236).

3) Pero si, como he indicado, me parece constitucionalmente inviable justificar excepciones al principio *res iudicata inter partes* con una mera apelación en blanco a la *regulación sustantiva*, va de suyo que, a *fortiori*, me parece insuficiente proporcionar como única justificación de las mismas meras construcciones dogmáticas, bien de origen metafórico-escolástico (como el de la representación *ex lege* o *ficta*), bien de corte *conceptualista-pandectista* (como la sustitución procesal, diferenciación entre autoridad de cosa juzgada y otros efectos —indirectos, reflejos o colaterales— de la sentencia, nociones procesales *ad hoc* de «parte» y «causahabiente» y otras tantas que se puedan «construir»).

Obsérvese que no planteo aquí como objeción primaria el que técnicamente sean infundadas (en lo que creo, por añadidura) (237). La

---

(236) Manejo deliberadamente un concepto técnico que es relevante en la normativa procesal: véanse, por ejemplo, arts. 21,1, 76 y 450,2 LEC y 3 Lecrim. Cfr, también, en otro plano, el art. 39,1 LOTC. El art. 1252,III C. c usaba a este efecto la locución «vínculo de solidaridad» (*in solidum*, esto es, «por el todo») y el art. 161,5° LEC/1881, el concepto de «continencia de la causa».

La STC 171/91 anuda la extensión de la cosa juzgada a «cuando la ley establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso». La STC 178/96 afirmó que «no son divisibles las consecuencias del reconocimiento del derecho», por lo que «el obligar a acudir a otros procedimientos distintos y ulteriores para plantear la pretensión de condena excluida, es consecuencia a todas luces desproporcionada desde la perspectiva de la tutela judicial, que la Constitución ha querido efectiva». Véanse también SSTC 12/89, 204/91, 182/94, 190/99 y 151/2001.

(237) En ese plano técnico:

i) Por lo que hace a la representación *ex lege* o *ficta*, creo haber demostrado ya en otro lugar que se trata de un expediente sin fundamento hoy, que sólo algunos autores poco conscientes siguen manejando por la influencia de giros de expresión habituales en el *ius commune* romanista (véase mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 70-71, 92, 103, 111, 168, 175-178, 299, 405 y 416). De todos modos, si se leyera *in bonam partem* esos precedentes (para lo que creo doy pie en los lugares a que he reenviado), se podría comprender que, por ejemplo, ni G. LÓPEZ, ni POTHIER ni SAVIGNY se referían aquí a la institución representativa *stricto sensu*, sino a una realidad que el art. 1252,I C. c intentó aludir con el concepto de *calidad jurídica* de las partes (véase también el art. 1351 *Code e infra* nt 239) y que históricamente también se englobaba en el requisito de *contradictor legitimus* (o sea, de *legitimatio ad causam*). Acaso así se alcance también a comprender por qué la categoría anglosajona de la *class-action*, tan ensalzada hoy por admiradores de la *common Law*, se asienta aún en la idea de una *virtual representation* para permitir que la cosa juzgada vincule a terceros (por todos, véase *ad rem* TARUFFO, op. cit, pp. 619 y 621).

ii) Respecto de la sustitución procesal, hago mía *in toto* la crítica impecable que mi maestro JORDANO FRAGA, op. cit, p. 521 traza contra este producto de la *Inversionsmethode*. De hecho, en la nueva LEC no hay alusión alguna a esa categoría pandectista,

como no la había en la LEC/1881. Es un doble error pretender fundamentarla en la remisión que el art. 222,3,I LEC contiene (DAMIÁN, op. cit, p. 1447), pues tal remisión no se hace al art. 10, sino al 11 LEC (vid BOE 14/4/2000).

iii) También he criticado ya las categorías pretendidamente autónomas de «parte» y «causahabiente» que cincelaría el Derecho procesal (*Fianza solidaria*, cit, p. 407, nt 865). Me parece que tales nociones deben ser, también para el mundo procesal, las que se manejan usualmente, sin forzaturas que van contra la lógica y el instrumental jurídico habituales (así, JORDANO, op. cit, p. 578, MENCHINI, voz cit, p. 452; COMOGLIO, «Lite...», cit, p. 594; MONTELEONE, op. cit, p. 65 y jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, apud TROCKER, op. cit, p. 44).

iv) Respecto a la tesis de LIEBMAN, ya consta en este trabajo mi crítica (*retro*, nt 94). Y, además, el propio autor, al descender donde duele —casos problemáticos reales—, incurría en numerosas contradicciones. Así, como pone de relieve PUGLIESE, voz cit, p. 879, vinculaba a sucesores y causahabientes porque los consideraba *sustituidos procesales* y admitía que excepcionalmente terceros perjudicados jurídicamente no pudieran evitar la sentencia, cuando hay necesidad de que la relación contemplada en ella «risulti atteggiata uniformemente per tutti» (por ejemplo, sentencias de estado dictadas entre legítimos contradictores). Y, entonces, como bien indica PUGLIESE, la pregunta brota espontánea: ¿no habrá otros casos que sean justificados por la necesidad de decisiones uniformes? Esa brecha quita toda solidez a la «construcción», pues revela que la vinculación de terceros, en la visión de LIEBMAN, depende de una valoración, *pedida a los intérpretes* (que se supraordenan, así, ilegítimamente, a la ley), sobre la necesidad de uniformidad en determinados casos.

v) Por lo que hace a la infinidad de presentaciones que tienden a escindir el efecto jurídico-público de la cosa juzgada (sólo entre partes) y los efectos reflejos o indirectos que podría tener sobre terceros —que en verdad serían efectos directos de las relaciones sustantivas enjuiciadas o de inscripciones registrales—, me parece que cabe objetar:

1) En la ley ordinaria no veo apoyo claro para esa diferenciación (creo que el art. 222,3,II LEC es un dislate, acaso en pos de DE LA OLIVA, op. cit, p. 403, y, desde luego, de lecturas «italianizantes», a interpretar correctoramente de la mano de los mejores, mal que pese a nuestros procesalistas modernos, arts. 1252,II y 134,II C. c, ex art. 3,1 C. c y, en virtud del criterio sistemático, del art. 764 LEC, mucho más sensato). La cosa juzgada material es definida unitariamente por la LEC: es la vinculatoriedad, propia de un acto jurisdiccional de Derecho público, descrita a través de su tradicional función negativa en el art. 222,3 LEC y, en su función positiva, en el art. 222,4 LEC. En modo alguno se habla en la ley de reflexión o eficacia indirecta o colateral de la cosa juzgada. Y, como indica PUGLIESE, voz cit, p. 882, aunque los autores digan que los terceros sólo son afectados indirectos o reflejos, *al no permitírseles* en realidad demostrar la injusticia de la sentencia (cosa que sólo aceptan CHIOVENDA y LIEBMAN, en construcción ya criticada), en verdad ¿qué diferencia habría entre esa repercusión refleja de la cosa juzgada y la vinculación que sujeta a las partes procesales, sobre todo a la luz del art. 24 CE? Me parece que ninguna. Pero, por si acaso, preguntemos a un tercero si se siente aliviado al saber que, según la *communis opinio*, la sentencia sólo le afecta de manera indirecta o refleja, y no en virtud de su cosa juzgada. Dicho con otras palabras, quien de verdad crea que el derecho de defensa constitucional exige en todo caso la relatividad de efectos de la cosa juzgada, habría de propugnar siempre, si quiere ser plenamente coherente, que en un pleito nuevo con un tercero el Juez deba entrar a valorar todo *ex novo*, incluso lo relativo a la relación sustantiva prejudicial o principal antes enjuiciada (sólo eso es «ausencia de cosa juzgada» para el tercero) (un apunte en este sentido en MONTELEONE, op. cit, pp. 31 y 64).

2) Revela, en mi opinión, el *punctum dolens* de esta forma de razonar la propia terminología que emplea. Al vinculado por la cosa juzgada se le denomina interesado directo, inmediato o próximo. Al afectado sólo por la relación material enjuiciada (o por su publicación en registros) interesado indirecto, reflejo o remoto o afectado por una mera repercusión (véase, por todos, JORDANO, op. cit, p. 538 y STC 58/88). ¿No es ya la acumulación de adjetivos *fumus mali iuris*? El propio JORDANO (*ibidem*, p. 567) indica que el interés directo, «se refiere a un interés potencial, o sea, que debe demandarse a quienes *puedan* estar interesados en comparecer/alegar». Y el pensamiento de mi maestro me suscita aquí esta duda: ¿no llegaremos así a una tautología? Porque, ante la pregunta clave: ¿y quiénes pueden estar interesados en comparecer/alegar? no creo que sea elegante —ni satisfactorio para resolver el problema, que es lo crucial— responder: «el interesado directo, inmediato o próximo».

No puede sorprender, pues, que, al intentar dar respuestas concretas a estas categorías nominalmente tan claras, se entremezclen, como afectados indirectos por la sentencia, los acreedores de una parte procesal (por todos, COMOGLIO, *overruling*, cit, nt 67, PROTO, op. cit, p. 1244 y JORDANO, op. cit, pp. 555 y 629) que, en buena lid, no quedan jurídicamente vinculados por ella en modo alguno: son sólo, en su caso, afectados de mero hecho, personas a quienes la sentencia se puede oponer. O sea, por supuesto, podrán sonreír o maldecir tras conocer la sentencia, pero como podrán hacerlo si se enteran de que su deudor ha ganado en la lotería primitiva, le ha tocado una herencia de su tío en América o le ha dado una isquemia cerebral (crítica análoga en MONTELEONE, op. cit, p. 92). Hablo, por supuesto, de meros acreedores, no de aquellos que también tengan derechos reales de garantía sobre bienes del deudor, puesto que, en tal caso, considerados como titulares de un derecho real limitado y no como acreedores, son *causahabientes* del deudor/constituyente de la garantía (parece ser, por cierto, supina la confusión de la doctrina italiana a este respecto: por todos, véanse MENCHINI, voz cit, p. 453 y PUGLIESE, *ibidem*, p. 891). En suma, equiparar los «efectos reflejos o indirectos» que pueden «sufrir» los acreedores citados con los efectos que de una sentencia de estado pueden derivarse para un tercero que, tras ser aquélla firme, pretenda ser padre, por ejemplo, me parece un error grave. Pero es que ahí no acaban las incertezas. Por ejemplo, PROTO, op. cit, pp. 1243-1244 considera (creo que abusivamente) afectados reflejos a los causahabientes, socios en los pleitos de impugnación de acuerdos sociales y, en general, a todos los que él considera titulares de legitimación procesal extraordinaria (el Ministerio Fiscal, por ejemplo). Y la STC 58/88 consideró mero «afectado de hecho» (en lo que me parece otro error) a un subarrendatario en relación con el pleito trabado entre arrendador y arrendatario.

3) Acaso el problema medular de esta *forma mentis* estribe en su emparentamiento nítido con la *Reflexwirkung* del contrato elaborada por JHERING. Pues ya he indicado con reiteración en este estudio que no creo admisible conceptualmente equiparar hoy un proceso civil a un contrato de transacción o de arbitraje privado (este error de base se observa con nitidez en la citada STC 58/88).

Rectifico aquí, pues, la suscripción de esta «construcción» que, para explicar los efectos de la cosa juzgada sobre un fiador, hice en mi *Fianza solidaria*, cit, nt 877. Me acuso, en concreto, de no haber tamizado debidamente su plausibilidad constitucional. Como atenuante aduzco que el error era irrelevante en cuanto a las soluciones prácticas que allí defiendo —y que reitero aquí—.

vi) Por último, ya consta también en este trabajo (*retro*, II,2) cómo y por qué niego que pueda ser fundado el criterio de que la cosa juzgada sólo puede afectar a terceros *in utilibus*.

que opongo es una más principal o de fondo. La textura de nuestro ordenamiento ha cambiado profundamente. Creo que hoy, para anclar sólida y técnicamente una desviación al principio *res iudicata inter partes*, es obligatorio, ante todo, partir de los datos constitucionales. Sólo, en mi opinión, una vez eso hecho, con plausibilidad (*prius* metodológico impuesto por la jerarquía normativa), podría ser útil la reflexión ulterior para incluir los supuestos constitucionalmente legítimos en categorías tales como la representación, sustitución, legitimación, eficacia refleja o las que cada autor, en su libertad «constructiva», tuviera a bien acuñar (que son, pues, sólo un *posterius*) (238).

(238) Esto es, creo errado el método en que se sustentan esas construcciones (y sus típicos modos de investigar, debatir y concluir). Proceden del pandectismo (que se autoimponía límites hermenéuticos rigurosos), pero hoy han degenerado, al no siempre respetarse el dato clave de la jerarquía normativa (arts. 9,3 CE y 1,1 C. c, en cuya cúspide está precisamente la Constitución), en el neo-pandectismo formalista italiano (DENTI, op. cit, p. 464 lo califica de neomanierismo conectado con la cultura del «post»), que también ha hecho estragos en nuestra doctrina civil y procesal (y, desde luego, también en mí). Yendo a sus consecuencias prácticas, me parece claro que «construcciones» de esta índole podrán aquí aumentar sin tasa, puesto que, si no es preciso respetar el dato positivo, nada puede embridar la imaginación humana, que es fértil. Se discutirá, pues, en buena medida, perdida la cercanía con los problemas reales, sobre «prejuicios» (como denuncia, para esta materia, MENCHINI, voz cit, p. 429) y, en círculo vicioso yermo, se harán libros sobre otros libros.

Así, sólo a título de ejemplo, puedo aludir a algunos otros resultados, a mi juicio, muy poco útiles a que se llega *subiecta materia* con este desenfoque metodológico:

a) La tesis, parece que iniciada también por LIEBMAN (*apud* TARUFFO, op. cit, p. 610, nt 6), que, para los supuestos en que hay una pluralidad de personas con legitimación activa para una cuestión, explica que la afectación que la sentencia produce a los co-legitimados que no participaron en el juicio *no deriva de la cosa juzgada*, sino de la *consumción o preclusión procesal* de las acciones concurrentes (entre nosotros es seguida por CORTES, op. cit, p. 497 y en Italia, con vehemencia notoria, por FAZZALARI, voz «processo», cit, p. 189). Se trata, en mi opinión, de un mero juego de palabras que, embozado en la desafortunadísima escisión estanca entre el mundo procesal y el sustantivo, escamotea la realidad. Para ver su artificio, bastaría con «tranquilizar» al tercero indicándole que no es la sentencia la que le afecta, sino sólo una preclusión procesal de su acción. Por lo demás, el razonamiento me parece no sólo especioso, sino también contrario al art. 24 CE (¿cómo se puede aceptar un derecho subjetivo que no pueda ser protegido judicialmente?). ¿Cómo pesa el endiabrado efecto consuntivo de la *litis contestatio* romana!

b) La tesis, emparentada con la anterior, de que no hay eficacia de cosa juzgada alguna frente a terceros, sino sólo la *caducidad* de toda otra acción de impugnación (TARUFFO, op. cit, p. 611). Lo único cierto es que la brevedad de un plazo de caducidad (que se observa en nuestro ordenamiento para impugnar acuerdos societarios, de comunidades en propiedad horizontal y acciones colectivas contra condiciones generales de los contratos) consigue que el problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada quede, en aras de la seguridad jurídica, sin apenas trascendencia práctica, pero en modo alguno revela la vigencia intacta del principio *inter partes*; más bien, todo lo contrario, a mi juicio (así, PUGLIESE, voz cit, p. 887).

D) Crítica adicional, con la Constitución, de la tesis que hace dogma de la relatividad de efectos de la cosa juzgada

A lo desenvuelto en el apartado precedente, que me parece fundamental, añádanse estas consideraciones:

1) En primer lugar, unas que —creo— el sentido común jurídico suscita:

a) Si la regla *inter partes* fuera en verdad un dictado de Derecho natural, ¿es honestamente creíble que durante más de veinte siglos se la haya ido orlando de una serie de excepciones bien identificadas? (239)

c) La tesis por la que, habiendo personificación jurídica, queda disuelta automáticamente para el Derecho la existencia de una pluralidad de personas e intereses (defendida con ardor por MONTELEONE, op. cit, pp. 129-177 y, con más contención, por PROTO, op. cit, p. 1245). Sin deber entrar a fondo en esto, pues es un tema virtualmente de Derecho político constitucional (todo lo atinente a personalidad jurídica lo es en sustancia), y que, además, sólo se refiere al terreno —mínimo en nuestra temática— en el que se dé la personificación, sólo indico que quizá no es casual que sea Italia el país donde con más denuedo se esgrima la llamada «visión institucional» de las personas jurídicas, tan cercana a la formulación antropomórfica atribuida a VON GIERKE (pues no en vano exportó el corporativismo como ideología política). Y que esa visión no encaja en nuestro orden político constituido, ni en relación con el art. 24 CE, ni con muchos otros imperativos constitucionales (arts. 22, 7, 9,2, 28,1, 36 CE) (me remito a las consideraciones, que reputo aún no superadas, *mutatis mutandis*, de DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, 1985). De hecho, con el enfoque sustancial que es preciso, en virtud de nuestra Constitución, dar al fenómeno de la personificación, ¿no se advierte que la cinceladura de ese instrumento técnico jurídico, no sólo, desde luego, pero también, perseguía precisamente que la cosa juzgada vinculara a terceros (miembros de la organización que no fueron parte procesal), en su caso en virtud de la llamada «representación orgánica»? Véase un apunte muy interesante en este sentido en la STC 214/91.

(239) En efecto —y sólo doy trazos gruesos por lo indicado *retro* en nt 3—, el *ius commune* ofrecía aquí el siguiente cuadro de solución. Presentaba como regla general el principio *res iudicata inter partes*, pero añadía una serie de reglas especiales que permitían en ciertos casos la vinculación de determinados terceros a una cosa juzgada: por ejemplo, que las partes hubieran tenido la *calidad* de *legitimi contradictores*, o sea, que en el proceso *a quo* se hayan presentado y se hayan considerado por el Juez como los sujetos legitimados para deducir enteramente y solos en juicio la cuestión decidida (por ejemplo, porque hubieran sido las personas a quienes *principaliter causa pertinet*, siendo los terceros afectables unos interesados *in consequutionem*: véase la reseña muy documentada de PUGLIESE, voz cit, pp. 775-781 con la exposición del pensamiento *ad rem* de TARTAGNA, TIRAQUEAU, SCACCIA, DUMOULIN y DE LUCA). Añádase el discurso nítido de POTHIER, *loc. cit*, que, como bien se sabe, ejerce una influencia casi directa, no sólo en el *Code* (véase su art. 1351), sino también en nuestro C. c (art. 1252). Por cierto —y también lo dejo sólo esbozado—, bien podría reflexionarse sobre el inciso en tal sentido que comparecía en el art. 1252,1 C. c y que, a mi juicio, fue mal comprendido por nuestra doctrina, que lo refería anodinamente al fenómeno de la representación *stricto sensu*, sobre todo voluntaria (por todos, CORTES, op. cit, p. 496; SSTC

Podría ser que nuestros antecesores hayan sido unos bárbaros. Bien pudiera ocurrir que sólo el hombre moderno, con su superioridad moral, científica y jurídica, logre penetrar la verdad inmarcesible (240). Sólo expongo mis dudas de que así sea. Dudas que se acrecientan cuando reparo en que los precursores de mayor hondura de nuestro proceso civil son, guste más o menos, los cultivadores de aquel *ius commune* (y de entre ellos, con especial predilección, los canonistas, que incluso proporcionan el término moderno de «proceso» [*processus iudicii*]) que estaban, por lo general, empapados por un fuerte *pathos* de moralidad, sustanciado a través de las espitas técnicas esenciales de la equidad y del Derecho de buena fe.

b) ¿No habrá sucedido acaso que la elevación a dogma sólo doctrinal (¡pues nunca se plasmó como tal *de lege lata!*) de esa máxima aconteciera exclusivamente de la mano de los juristas liberal-individualistas del XIX (241)? Esto es, cuando se manejaba en la dogmática un

---

316/94 y 314/94), sin advertir que la «representación» en esta sede, como he indicado (*retro*, nt 237), tuvo históricamente un contenido mucho más amplio. Cfr. también D. 44,2,14, D. 8,5,4,3 y 4; D. 44,2,9,2; D. 20,1,3,1 y Partidas 3. 5. 10.

(240) Como piensa MONTELEONE, op. cit, p. 10 que, en ejemplo de manipulación de datos históricos que no conoce, señala que la regla *inter partes* fue un tesoro romano que, gracias a la dúctil doctrina italiana, ha sido limpiada hoy de su ganga germánica y medieval. Creo que palabras de este jaez se comentan por sí solas.

(241) Quizá pueda ser iluminador traer aquí a colación una de las tesis principales de VIEHWEG, en su gran obra *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, especialmente, pp. 107 y ss. En el método del *ius commune*, que él caracteriza muy plausiblemente como «tópico» o «retórico», uno de sus pasos finales era la *connotatio*, en la que, tras el examen del problema, se desarrollaban unas reglas generales (*generalia, brocardica, regulae, loci communes, axiomata*). Pese a la apariencia que hoy pudieran provocar, esos *generalia* eran sólo *topoi* o *loci communes*, cuya finalidad era puramente auxiliar (con casi total ausencia de preocupación sistemática o lógica): servir de puntos de partida para el razonamiento tendente a resolver determinados problemas o para facilitar la explicación docente en las lecciones o lecturas —de ahí que usualmente presenten forma conceptista y mnemotécnica— (era el «brocardizare» como bautizó a este método expositivo AZO, según DE CASTRO, *Derecho civil*, cit, I, p. 432). Fue el método racionalista de los ss. XVII y XVIII, que tuvo en ocasiones reflejo en los Códigos del XIX (¡y *no en este caso* que aquí analizamos!: cfr. arts. 1351 *Code*, 1351 *Codice* 1865, 1252 C. c) el que, con error gravísimo, toma esos *generalia* como proposiciones lógico-deductivas, a ensambalar en un sistema *more geometrico*. Así, DE CASTRO, *ibidem*, p. 433 expone también, como el problema mayor de los brocardos que resumen el sentido de una institución, el que, yendo más allá de su valor como recurso mnemotécnico, pedagógico y guía para la interpretación, «la práctica se inclina fácilmente a darle un valor en sí, independiente del caso concreto para el que se dio, extendiéndola conforme a su letra a toda clase de nuevas hipótesis», haciendo realidad el peligro que enunciara JAVOLENO «*omnis definitio in iure civile periculosa est*» —D. 50,17,292— y desconociéndose el trascendental mandato de D. 50,17,1: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*. En la misma obra citada, II, p. 67, CASTRO imputa la elevación a la categoría de dogmas de

proceso civil equiparado a un contrato privado, «propiedad de las partes» (242). Por si así fuera, sólo exhorto, una vez más, a que se tuviera en cuenta que, con nuestra Constitución, esa visión del proceso civil es inadecuada.

c) ¿Cómo se podría explicar que, aun con la elevación a dogma doctrinal en el S. XIX de esa regla, hayan seguido los autores apelando con insistencia a envoltorios o expedientes constructivos diversos para, de matute, admitir la vinculación de ciertos terceros por una cosa juzgada? Evitando atribuirles estar poseídos también por el mal del totalitarismo —reproche inadmisibles para todos los pandectistas decimonónicos y para muchos de los juristas del XX—, ¿no es éste índice poderoso de que hay *exigencias prácticas* inobvias, tanto hoy cuanto las hubo desde el Derecho romano, que mueven a no impedir esa vinculación de ciertos terceros en determinados supuestos? (243).

d) ¿No apunta a algo análogo el que la jurisprudencia haya seguido recurriendo tozudamente a expedientes socorridos para intentar justificar ciertas soluciones prácticas incasables con la regla *inter partes* en materia, por ejemplo, de comunidades de bienes, sociedad de gananciales y nulidad de contratos? (244).

---

ciertas *regulæ iuris*, aforismos o brocados a «la decadencia del saber jurídico en el S. XVIII y la limitada formación jurídica de los redactores del Código francés», con olvido «de los más finos matices de la antigua doctrina».

Concretado ello en nuestro tema, el brocardo *res iudicata inter partes* había sido sólo un *locus communis* a esgrimir como premisa inicial o principio general que coadyuvara a la resolución de problemas específicos y a la explicación docente. Y, sin embargo, en esos momentos, se malinterpretó infelizmente como *corolario* lógico-racional con idéntico valor al de una proposición matemática o dogma de Derecho natural. Consciente de esto, pero, desafortunadamente en solitario, DE CASTRO, *ibidem*, p. 434 y II, p. 67.

Más lamentable aún fue la traducción que cierta doctrina italiana hizo del término *præ-iudicare* latino (cuyo significado literal se corresponde a lo que hoy enuncia el art. 222.4 LEC y que aún emplean los arts. 34 y 35 LEC) por el romance de «perjudicar», de significado no coincidente (cfr. *retro*, nts 89 y 200).

(242) O sea, el proceso como duelo, como teatro de dos burgueses jugando sus armas iguales, con morosidad, formulismo y solemnidad, ante un Juez espectador, consocio de los litigantes en el casino de la población.

(243) MONTELEONE, op. cit., p. 25 sólo acepta de lo que se indica en el texto lo ingente del esfuerzo doctrinal para intentar justificar esa vinculación. Y me parece que es profundamente injusto cuando en bloque tacha toda esa labor doctrinal de inane e incauta por dejarse engañar por meras «ilusiones ópticas» (o, en otras ocasiones, de bárbara o totalitaria).

(244) Ficción de representación ligada a la naturaleza indivisible del acto de ejercicio de la acción, gestión de negocios ajenos, etc...Lo de menos, en esta sede, es la corrección dogmática de estos razonamientos (acaso bastante mayor de lo que la doctrina común suele reconocer): lo de más es la necesidad práctica a que atienden y que dejan traslucir.

e) ¿O que, precisamente, porque se pueden dar y se dan casos de vinculación de ciertos terceros por la cosa juzgada, se lanzó la corriente doctrinal moderna que critico, a construir «litisconsorcios necesarios impropios o tácitos» a mansalva (245)?

f) ¿No llama la atención que, tras 22 años de vigencia de nuestra Constitución, ni una sola inconstitucionalidad por este motivo haya declarado el TC, habiendo tenido ya bastantes oportunidades para hacerlo? (246).

2) En un segundo orden de cosas, la dualidad que *more solito* se ofrece aquí como fatal (o litisconsorcio necesario o posibilidad de sentencias múltiples sobre el mismo tema, cada una con sólo eficacia para sus partes respectivas) me parece poco acorde con las directrices normativas constitucionales, *globalmente consideradas*.

A saber, la imposición por el legislador ordinario de litisconsorcios

---

(245) Sobre este punto concreto, véase lo que se dirá a continuación.

(246) ¿No lo hace el que la CC italiana sólo haya por dos veces anulado *ciertos* aspectos de un par de normas concretas, que, en verdad, poco o nada tienen que ver con la pretendida inconstitucionalidad de toda eficacia de una cosa juzgada frente a terceros?

Sobre el porqué verdadero de la censura constitucional de los arts. 27 y 28 C. p. p italiano, véase *retro*, II,7.

Por lo que hace a la declaración de inconstitucionalidad de una norma reguladora de la solidaridad tributaria, descansaba —con total plausibilidad—, más que contra la estructura de la obligación solidaria (como tantos y tantos autores italianos creyeron y aún creen leer), contra ciertos perfiles del Derecho tributario italiano. En efecto, por razones que intuyo hondas y en las que no procede zahondar aquí, ese sector normativo del país transalpino suele presentarse como un hermano pequeño del Derecho civil: en concreto, la obligación solidaria tributaria se ve allí como una simple plasmación de la obligación solidaria de Derecho privado. Por otra parte, en Italia parece que la Administración pública cuenta en los procedimientos tributarios con una posición de supremacía exorbitante, también con resabios mussolinianos. Sobre esos rasgos recayó aquella resolución (en particular, que, desde que se comprobaba el valor con un coobligado se iniciaba el *dies a quo* del plazo para que cualquiera de los no oídos recurriera ante la jurisdicción). Confróntense, pues, los principios que rigen en nuestro ordenamiento el procedimiento administrativo, donde luce con nitidez el de la audiencia debida al administrado/contribuyente. Reflexiónese sobre la índole jurídico-pública de la relación tributaria y sobre los arts. 31 CE y 36 LGT (principio de indisponibilidad de esa relación), que impiden toda aproximación fructífera entre solidaridad tributaria y obligación solidaria de Derecho privado y consúltense las SSTC 45/89 y 90/94. A mi juicio, trasladar la doctrina de aquella sentencia italiana a nuestros lares sería un error. Hacerlo para demostrar que la regulación de nuestro C. c de la obligación solidaria es inconstitucional, una ligereza (lo que no quita que pueda serlo: pero sostener eso exige que se den razones en verdad sólidas).

Incluso puede verse que la declaración de inconstitucionalidad que el TC alemán hizo del parág. 1595 BGB/1900 no puede darse en nuestro ordenamiento, dado el tenor del art. 766 LEC.

necesarios supone limitar el derecho de acceso a los tribunales de un ciudadano (247). Evidentemente, el legislador ordinario lo puede hacer, pero ha de basarse en otro derecho fundamental. Sólo así podría considerarse legítima la denegación de justicia que en sustancia le supone a un justiciable no cumplir con el litisconsorcio necesario.

Veamos, a esa luz, el art. 12, 2 LEC. Impone el litisconsorcio «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados». Y a continuación indica que «salvo que la ley disponga expresamente otra cosa». Pues bien, a mi juicio, el conjunto de los principios constitucionales exigen al intérprete, al manejar este art. 12, 2 LEC, lo siguiente:

- i) Indagar, ante todo, si, para un caso concreto, puede haber ley legítima que expresamente disponga otra cosa (248).
- ii) Interpretar con suma cautela el presupuesto constitutivo del litisconsorcio necesario que la ley enuncia (249). Pues, por poner sólo

---

(247) SSTC 141/88 y 84/97. Lo reconoce también JORDANO, *op. cit.*, p. 535. Pero, al inclinarse luego con carácter general por su imposición no parece respetar plenamente la premisa que se traza en p. 607: «frente a una solución de ese tipo —el sacrificio de uno para salvar a otro— debe siempre preferirse una solución que consienta la adecuada protección de todos los interesados en presencia —salvar a todos sin sacrificar a ninguno—. Y ello, porque en los resultados prácticos que propugna, hay siempre sacrificio (siquiera se considere leve o liviano) del derecho de acceso a la tutela judicial de ciertos ciudadanos.

(248) Y téngase en cuenta que problemáticas similares a las abordadas por el litisconsorcio necesario son las que, desde el Derecho romano más clásico, se han resuelto con la vinculación de ciertos terceros a la cosa juzgada (esto es, son técnicas alternativas para resolver el mismo problema) (así, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 120 en pos de ALLORIO y DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 404).

Por supuesto, hay que evitar el pensamiento de que si no hay litisconsorcio necesario, ya puede haber vinculación irrestricta de los terceros a la cosa juzgada. Sería una conclusión a todas luces abusiva, como creo se traslucirá de cuanto se expondrá a continuación.

Téngase también presente que el TC tiene sentado firmemente que «entrar en si hay que apreciar o no litisconsorcio necesario» es un tema de legalidad ordinaria, en el que él «no puede entrar», a no ser que los tribunales den interpretaciones arbitrarias o irrazonables.

(249) Por ejemplo, me adhiero a la directriz interpretativa de DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 405: «el art. 12,2 no impone el litisconsorcio necesario para que la sentencia sea, en cuanto a su ámbito subjetivo, máximamente eficaz, sino para que pueda ser efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados». *A fortiori*, lo mismo habría de tenerse en cuenta respecto de quienes exigen el litisconsorcio necesario para así obtener máxima economía procesal (pues constitucionalmente es claro que este último valor, como he indicado reiteradamente, está subordinado al derecho de tutela judicial). Sin embargo, por razones que explicité *retro* nt 237, discrepo del criterio sustantivo pretendidamente infalible que DE LA OLIVA, *ibidem*, p. 405, sugiere: litisconsorcio necesario

un ejemplo, me parece que hacer lectura laxa y, consiguientemente, exigirlo sería lesivo al derecho a la tutela judicial en casos en que no puedan determinarse o no pueda hacerse con una facilidad razonable las personas contra las que se ha de impetrar el amparo judicial o las que deben impetrarlo (las llamadas *class-actions* [250], reclamaciones por vicios o defectos de la construcción, acciones de estado allende las personas que figuran en la relación jurídica de estado o que se pide figuren en ella [cfr. art. 766 LEC], otras áreas en que jueguen intereses colectivos o difusos constitucionalmente protegidos —en su caso, por su desarrollo en la legislación ordinaria, ex art. 53, 3 CE—, etc...).

iii) Tener en cuenta que, para los supuestos en que, hecho lo anterior, se haya de entender obligatorio el litisconsorcio, es preciso, antes

---

para los afectados directos por la sentencia y no para los que lo sean sólo de manera indirecta, refleja o colateral, que también es el suscrito por JORDANO, op. cit, op. cit, pp. 522, 541, 553 y 580.

Téngase en cuenta que el precepto ha evitado las locuciones «cuestión indivisible» (*in solidum*, «vínculos de indivisibilidad» del art. 1252,III C. c) o que «divida la contención de la causa» (art. 161,5° LEC/1881), con tanta carga histórica, como, probablemente, inadecuada exégesis doctrinal.

Por todo ello, he defendido que, se defina como se quiera el «frente a varios conjuntamente» del art. 12,2 LEC, ello no se puede apreciar, como regla, en una obligación solidaria (ex arts. 1137, 1141,II y 1144 C. c; 12,2 y 252,6° y 7° LEC, art. 20,1 Ley 3/91, de 10 de Enero, sobre competencia desleal), ni tampoco, como regla, en las garantías, ni personales, ni reales (cfr. art. 1834 C. c) (*vid* mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 396 y 413). Sólo, en esos ámbitos, cuando se plantea una alegación de nulidad basada en vicios de consentimiento o faltas de capacidad suficiente, considero necesario que se emplace a la persona que padeció el vicio o la falta de capacidad o su representante legal, si la cuestión es suscitada por persona distinta, ex arts. 1302, 1148, 1824,III y 1853 C. c. También defendí el litisconsorcio necesario para la llamada «solidaridad judicial», que nace por una sentencia constitutiva (arts. 17,3 LOedif, 33,5 Ley Caza, 123,II LNA) o cuando en el pleito precisamente se discute sobre si hay o no solidaridad o sobre quién está o no vinculado por ella.

De hecho, también albergo dudas acerca de la conclusión principal que mi maestro defiende en su estudio: a saber, que para el ejercicio judicial de la acción subrogatoria ex art. 1111 C. c ha de respetarse un litisconsorcio pasivo necesario (deudor inerte y *debitor debitoris*), ex art. 12,2 LEC. Pues, ¿no bastaría acaso con una notificación que se le hiciera al deudor inerte, que en la sustancia valiera como *invitatio ad agendum*? Cfr, por ejemplo, arts. 541,2 LEC y 1834 C. c.

(250) Sobre las «acciones de clase» anglosajonas la literatura ha devenido tan voluminosa, que incluso la sola cita de obras de referencia se convierte en tarea ímproba y, a la postre, poco útil.

Por lo que hace a lo que aquí interesa, prefiero, pues, detenerme en la afirmación de la EM de la LEC, punto VII, que explica que la ley «desecha una obligatoria acumulación inicial de demandas, con el retraso a que obligaría en la sustanciación de los procesos, que impediría, con mucha frecuencia, la efectividad de la tutela pretendida».

que proceder a una absolución en la instancia, permitir con generosidad la subsanación de su infracción inicial, en consonancia con el principio espiritualista y antiformalista que nuestro TC ha sentado para todas las normas que impongan requisitos de procedibilidad (véanse los arts. 231 y 420 LEC) (251).

No niego con lo expuesto que quepa un litisconsorcio «impropio o tácito». Sólo señalo que, para defenderlo con plausibilidad, no basta apelar al «dogma» de la *res iudicata inter partes*, sino que ha de demostrarse (y eso exige razonamiento) que se dan, en el caso concreto de que se trate, los presupuestos habilitantes que enuncia el art. 12, 2 LEC conforme a una interpretación global de la Constitución.

En mi opinión, la multiplicación doctrinal y judicial de litisconsorcios necesarios que se ha dado en nuestro país en los últimos tiempos, so capa de desarrollar el pensamiento implícito del legislador, ha de ser mirada con enorme circunspección. Pues se han defendido algunos sin la fundamentación plausible que precisan y que han llegado, en sus aplicaciones prácticas, a infligir lesiones al derecho a la tutela judicial de numerosos ciudadanos, convirtiendo el derecho de defensa en un clavo ardiendo amparador de abusos picapleiteros y aun en algún caso han significado violación por Jueces y Magistrados de su deber público de administrar justicia (por constituir infracción sustancial a la prohibición del *non liquet*) (252).

Repárese en que no es casual que en la LEC, lejos de ampliarse la categoría, se haya eliminado uno de sus supuestos más típicos (el de la tercería de dominio, cuando el bien litigioso no hubiera sido designado por el ejecutado —art. 600 LEC—).

3) No creo que la vinculación de ciertos terceros a una cosa juzgada constituya infracción al principio de igualdad. Como se expuso *retro*, sub I, B, 1, e, lo que veta ese principio es que ante la ley (o ante la aplicación que de ella haga cualquier órgano público [253]) haya dife-

---

(251) Por todas, puede verse cómo la STC 84/97 analizó una apreciación de oficio de un litisconsorcio pasivo necesario sin que se permitiera subsanación alguna, y la consideró «una decisión gravemente perjudicial que, de hecho, le cerró el acceso al proceso, impidiéndole obtener una resolución fundada en Derecho». Por lo que dio amparo al recurrente. Cfr. *retro*, I,B,1,a.

(252) Cfr. DE LA OLIVA, op. cit. pp. 403-404, que llega a hablar de una «hipertrofia del litisconsorcio impropio o tácito lamentable». La STC 200/87 anuló la absolución en la instancia que hizo el antiguo TCT, al apreciar de oficio falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues la consideró equivalente a una incongruencia omisiva, lesiva del derecho fundamental del art. 24 CE.

(253) Por supuesto, la *Drittwirkung* que tiene ese principio y derecho es ajena al tema que aquí nos ocupa.

rencias de trato arbitrarias o irrazonadas y tratos iguales irrazonables o arbitrarios. Y ¿podrá defenderse en todos esos casos que haya irrazonabilidad o arbitrariedad? ¿es irrazonable que se diga que tanto José —parte procesal— como Juan —tercero, que ahora alega ser él el padre— quedan vinculados por el pronunciamiento judicial firme de que Ignacio es hijo de José? No lo creo, sinceramente (254).

4) Negar que el Juez pueda de oficio adoptar medidas para promover el respeto, en un proceso concreto, de los derechos fundamentales de las partes me parece incasable con las directrices constitucionales y las previsiones de la LEC (255).

5) Argüir, por último, que no debe sujetarse un tercero a una cosa juzgada, porque es «injusto» adosarle el riesgo de un comportamiento procesal inadecuado de quien haya sido parte, no me convence. Es cierto que siempre es un *desideratum* (no sólo liberal individualista, claro está) que sólo respondamos de nuestros actos conscientes y que sólo por ellos se nos premie. Pero el hecho es que vivimos en sociedad y que nuestra autonomía privada —que considero derecho individual constitucionalmente protegido *ex arts. 10, 33 y 38 CE*— queda congénitamente delimitada, con carácter general por la función social a desarrollar por la legislación ordinaria con respeto a su contenido esencial, y en casos concretos, por la obligación de actuar conforme a buena fe y

---

(254) De hecho, conforme expuse, *retro, sub I,b,1,d y e*, más extremos constitutivos de lesiones a derechos fundamentales podrían hallarse en que, ante determinados objetos procesales (temas inescindibles, indivisibles o *in solidum* [arts. 1252,III C. c y 161,5° LEC/1881] para varias personas, sin que exista litisconsorcio necesario), la sentencia sólo produjera sus efectos para las partes procesales y nunca para ninguno de los terceros concernidos por tales objetos. En su caso, si no como lesivo del derecho a la igualdad (*ex art. 14 CE*), por lo que se dijo allí, sí como conculcador de un derecho a una tutela judicial sujeta a la ley y debidamente motivada (facetas inequívocas del derecho fundamental complejo del art. 24 CE).

(255) Creo que, si bien los derechos y garantías individuales procesales deben verse como límites para intervenciones de oficio del Juez —cosa clave, para evitar un Juez con supremacía autoritaria sobre las partes: pues el proceso civil es un *instrumento para lograr amparo de derechos e intereses legítimos privados*, *ex art. 24 CE*—, también, hoy, han de verse, al mismo tiempo, como fuente potencial de deberes de actuación para el órgano judicial, para que coopere en la remoción efectiva de todo obstáculo para el ejercicio de tales derechos y, en particular, de los garantizados por el art. 24 CE. Sólo a título de ejemplo, pueden consultarse los arts. 32,4, 424,1, 429 y 435,2 LEC. STC 194/87 «asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre las respectivas posiciones de las partes o limitaciones en la defensa»; STC 52/89: «cabe señalar que, aunque en los procesos civiles rige el principio dispositivo (...) no puede ignorarse, de un lado, que el órgano judicial ha de tener en cuenta el interés global de los litigantes, facilitándoles el debate a fin de salvaguardar el principio de contradicción».

de no incurrir en abuso del derecho (art. 7 C. c). Ello, nos guste o no, supone, entre otras cosas, que puede haber un ámbito en el que nos sea adosada por la ley una responsabilidad por comportamientos ajenos (piénsese en la civil con imputación objetiva al sujeto responsable indirecto o en la contractual indirecta con idéntica imputación objetiva —por empleo de auxiliares, por ejemplo—).

En esa misma medida —esto es, legítima constitucionalmente— no creo excluible que fenómenos de este tipo puedan darse en relación con el proceso (arts. 11 LOPJ, 247 LEC) (256). La peculiaridad saliente que, en particular, habría de observar una vinculación de un tercero a una cosa juzgada es que su legitimidad pasa, necesariamente, por que queden preservados los derechos de acción y defensa de ese tercero (257).

Históricamente, respecto de los casos en que se admitía este tipo de vinculación, se advertía siempre de un peligro injusto que ello podía suponer para el tercero en cuestión: fraude o connivencia entre las partes procesales, en su daño. Esto sigue siendo innegable hoy, claro está. Mas ¿justificará este riesgo que el legislador impida cualquier eficacia *ultra partes* de una sentencia? ¿será la razón determinante para exigir siempre el litisconsorcio necesario en los asuntos indivisibles o de pronunciamiento judicial necesariamente *in solidum* —«por el todo»— que afectan a varias personas? No lo creo.

---

(256) Por ejemplo, una delimitación general por la ley ordinaria del derecho de acción (particularmente, en su faceta de derecho a los recursos) puede ser la exigencia de cauciones para la procedibilidad, siempre que no sean arbitrarias o lo dificulten en exceso. Aplicación concreta de la represión de ejercicios abusivos del derecho de acción o defensa puede ser la imposición de costas, razonada conforme a la ley.

(257) En los términos que expondré más adelante, *sub e*.

Repárese en que, como he dicho para la obligación solidaria (*Fianza solidaria*, cit, p. 405, nt 864), la solución que JORDANO parece defender implica el adosamiento del riesgo de un comportamiento procesal negligente de un codeudor solidario *al acreedor*, lo que también podría verse como poco armónico con su fundamental derecho a la tutela judicial *efectiva*. Por ello, siendo el riesgo de un comportamiento incurioso en el proceso por definición ineliminable por todo legislador, por bienintencionado que éste sea (como ineliminable es el riesgo de insolvencia de todo deudor: STC 171/91), la cuestión de su adosamiento a uno u otro puede resultar terreno para la política legislativa más pura, modulando una típica colisión de derechos fundamentales (tutela judicial efectiva de cada codeudor y la misma tutela, tan fundamental como la anterior, del acreedor). Y, desde luego, históricamente se buscó adosar, provisionalmente, el riesgo de comportamientos procesales negligentes de un codeudor solidario a *sus compañeros*, no en vano considerados o *socios* de aquél o partícipes activos con culpa o dolo en la producción de un acto ilícito (como hoy se les adosa provisionalmente el riesgo de insolvencia —art. 1145,III C. c— y de un incumplimiento imputable —art. 1147,II C. c—). Y que algo análogo se buscaba en las garantías del crédito, precisamente por coherencia con la causa del negocio pactado.

También durante más de veinte siglos se prohibieron los contratos entre cónyuges por la razón teórica de evitar los fraudes a terceros a que pueden dar lugar, facilitados por el *consortium vitæ* de los esposos (en verdad, otras eran las razones de fondo de esta prohibición, atinentes más bien a la arquitectura «política» que se deseaba para la familia). Hoy, desaparecidas tales razones de fondo *ex arts.* 14 y 32 CE, opta el legislador por admitir los contratos entre cónyuges (art. 1323 C. c) (y la confesión de privatividad [arts. 1324 C. c] y la atribución voluntaria de ganancialidad *ex art.* 1355 C. c y la libre modificabilidad del régimen económico, *ex arts.* 1317 y 1326 C. c), dejando, claro está, a todo tercero el acceso siempre expedito (y, en algún caso facilitado: arts. 1317, 1324, 1442 C. c) a los remedios para defenderse de los fraudes (258).

¿Acaso no será mejor seguir esta vía también para el proceso civil, *ex arts.* 11, 2 LOPJ, 150, 2, *i. f* y 247 LEC)? Así lo creo.

Concluyo con una serie de reflexiones de índole aún más genérica, aunque de ellas también creo dable extraer datos interpretativos que coadyuven a la resolución del conflicto de derechos fundamentales que estamos analizando. En particular:

a) La corriente doctrinal a examen, por más que se adobe de tono solemne, acaba siempre teniendo que hacer cuentas, en mayor o menor grado, de manera más o menos consciente, con ciertos requerimientos de la vida real. Por ejemplo, aunque algún paladín suyo llegó a considerar inconstitucional la sentencia dictada en rebeldía (pues violaría, según él, el sacrosanto derecho de audiencia/contradicción/defensa) (259), la mayoría de sus representantes, partiendo de que, si así fuera, nada sería más fácil que burlar una acción judicial contraria, debe aceptar la constitucionalidad de esa eventualidad (cfr. arts. 499 y 525 LEC) (260).

---

(258) Hecho igualmente objetivo es que en nuestro tráfico patrimonial el fraude de acreedores (y aun el de ley) es práctica cotidiana. ¿Eliminaremos, por esa sola razón, la autonomía privada? La respuesta negativa brota ahí espontánea. Así como la obvia importancia que han de tener todos los remedios que existan o pueda diseñar el legislador para combatir tales comportamientos ilícitos.

(259) COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 743, nt 68. Véase la afirmación algo exagerada de STC 316/94: «Es siempre inexcusable la audiencia en alguna de sus fases, sumarial o plenaria, del proceso penal, para impedir la condena sin ser oído del eventual responsable civil».

(260) SSTC 186/91, 14/92 y 331/94. Distinto, por lo que se dijo *retro*, nt 7, fue el supuesto en que el TC anuló la sentencia que homologaba la resolución canónica sobre matrimonio rato y no consumado dictada en rebeldía. Cfr, art. 954,2 LEC/1881.

Porque, como a mí me parece obvio, el derecho de defensa no impone que el ciudadano comparezca en el juicio y que, compareciendo en él, alegue, contradiga y se defienda. Sólo puede exigir la posibilidad efectiva de que, si lo desea, se constituya en parte y use de los cauces procesales a su disposición. De reclamarse inexorablemente su comportamiento activo a lo largo de todo el proceso, quedaría el derecho a la tutela judicial del actor al socaire del capricho del demandado o demandados (por todas, STC 14/92).

Algo análogo acontece con los actos de comunicación procesales, que tan profunda y voluminosa jurisprudencia del TC han merecido. No puede la ley requerir que se demuestre con certeza su llegada a conocimiento efectivo del destinatario. Para la conciliación del derecho de defensa con el de acción, y en vista también de intereses generales obvios, basta con solicitar que con diligencia se haya procurado hacer llegar la notificación al destinatario (261).

b) El desenvolvimiento coherente de la corriente que analizamos llevaría a tachar de inconstitucional también la regulación positiva de las obligaciones parciarias o mancomunadas, pues permite una demanda fraccionada (a cada uno por su parte) que hiciera el acreedor. Obsérvese que también aquí hay múltiples vicisitudes que afectan a todos los coobligados (todas las que se sustancian en las excepciones que, por razones históricas, se denominan «reales»: por ejemplo, nulidad por causa ilícita de la obligación, por falta de forma sustancial, etc...) (262); luego el derecho de defensa, leído en la forma maximalista en que lo hace esta doctrina, obligaría, bien a imponer aquí el litisconsorcio necesario, bien a aceptar la pura relatividad de efectos de la cosa juzgada. ¿Es eso sensato?

Pero aún hay más. Si bien se mira, la forma de pensar que se está examinando también habría de conducir a tildar de inconstitucional la norma que ordena la vinculación de la cosa juzgada del heredero y de los causahabientes en general (no sólo a título universal, sino también a título particular, bien *mortis causa*, bien *inter vivos*) de una parte pro-

---

(261) Por ejemplo, en el art. 28,3 LEC se prevé la plenitud de efectos de las notificaciones entregadas al servicio a tal fin que organice el Colegio de Procuradores. En la regulación cuidadosa que hace la nueva LEC, no puede evitarse que, en última instancia, se haya de recurrir a la comunicación por edicto (art. 164 LEC), cuya constitucionalidad, como medida última, está claramente aceptada por el TC: SSTC 107/81, 80/81, 63/82, etc...Recalca, por ejemplo, que se trata de una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte la STC 52/84.

(262) Remito a mi *Fianza solidaria*, p. 138, nt 332 para la demostración de que se trata de una única obligación con pluralidad de personas en su parte pasiva.

cesal que no hubieran llegado a participar personalmente en el proceso (art. 222, 3 LEC). En efecto, si la regla *inter partes* es mandato directo incondicional del art. 24 CE ¿cómo se podría justificar que la cosa juzgada que afecta al *de cuius*, dantecausa o transmitente haya de afectar también al heredero o causahabiente que no alegó, contradijo, se defendió en aquel pleito?

A mi me parece que de ninguna manera. Pues replicar que, por ejemplo, el heredero es considerado por el Derecho sustantivo como sucesor de la personalidad del causante —lo que reputo, salvada la carga de metáfora que la expresión tiene, exactísimo en términos jurídicos: cfr. arts. 1257, I y 661 C. c— no podría nunca bastar para la opinión doctrinal que se critica: ¡una norma de Derecho sustantivo nada puede ante las exigencias formales absolutas del derecho sacrosanto de audiencia/contradicción/defensa! (263).

Y, sin embargo, raramente quienes defienden el enfoque que enjuicio alcanzan aquí coherencia (264). ¿No habría, más bien, que reflexio-

---

(263) Dígase lo mismo de quien justifica la regla del art. 222,3 LEC diciendo que el causahabiente es un sustituido procesal (FAZZALARI, voz «Processo», cit, p. 192) o titular de una relación sustantiva dependiente de la pre-juzgada (MENCHINI, voz cit, pp. 454 y 458) o vinculado no por la cosa juzgada, sino sólo por la relación jurídica sustantiva declarada, constituida o anulada por ella —es decir, por un mero efecto reflejo, indirecto o colateral de la sentencia— (JORDANO, op. cit, p. 581; PROTO, op. cit, p. 1243).

(264) Puede verse, como extrema, la doctrina de la STC 316/94, puesto que afirma que la sentencia no podía ejecutarse sobre los hijos del condenado a responsabilidad civil, por no figurar como destinatarios directos y explícitos de la decisión judicial en el fallo (me parecen más fundados los enérgicos votos particulares que se formularon). También son confusas, a mi juicio, las SSTC 122/98, 111/98 y 77/2001.

Significativo de lo que digo en el texto me resulta el pensamiento de COMOGLIO, *overruling*, cit, pp. 740-741. Advierte con sinceridad que, desde sus premisas nuevas (rectificadoras de las por él mantenidas en 1966), la disciplina normativa italiana sobre quien deviene causahabiente *pendente lite* sería problemática constitucionalmente. Mas, a continuación, traiciona sus nuevos puntos de vista (*¡las exigencias prácticas cobran su precio!*) y reconoce que su vinculación debe *excepcionalmente* admitirse, tal y como dispone el art. 111 C. p. c. La contradicción a que aludimos no pasa desapercibida a PROTO, op. cit, p. 1218 «è però da notare che se il manifestarsi dell'efficacia riflessa *ultra partes* è in contrasto con l'art. 24, questo contrasto si ha sempre, anche nelle ipotesi espressamente previste dall'art. 2909».

La dificultad conceptual que se indica es galanamente «superada» por MONTELEONE, op. cit, p. 160: «è infatti da presumere che, chi si rende acquirente di un diritto litigioso sia al corrente della controversia in corso. Se ciò è vero, l'acquirente dovrà imputare solo a sé stesso la mancata partecipazione al processo». De hecho, creo que esta *ratio* subyace en la elaboración histórica de la categoría técnica de «causahabiente». Pero ¿no chirría en la pluma de este paladín locuaz del individualismo liberal?

Tampoco logra demasiada plausibilidad técnica DE LA OLIVA, op. cit, p. 402: (aparte confundir los conceptos de dantecausa y causahabiente): «se han de aceptar, en

nar sobre que, precisamente, la elaboración secular de la categoría técnica de «causahabiente» es un esfuerzo, primero doctrinal, luego legal, para plasmar en regla *sustantiva* (que, por tanto, ha de condicionar también la relación jurídico-procesal) las exigencias que la seguridad jurídica, la economía procesal y el derecho de tutela judicial efectiva imponen ante las hipótesis de óbito de una parte o de transmisión de derechos (traslativa o constitutiva [265]) litigiosos?

E) Conclusiones. Requisitos que el art. 24 CE impone a la legislación ordinaria para que pueda haber vinculación de terceros a la cosa juzgada

En suma, cuanto se lleva dicho me fuerza a afirmar que el problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada:

1) No es una mera proyección o traslación de la regulación de sus límites objetivos, tal y como se sostenía bajo la paz artificiosa que proporcionaba la presentación del principio *res iudicata inter partes* como un dogma de Derecho natural y el objeto del proceso (y, por ende, de

---

su caso, unos resultados procesales, pese a no haber intervenido en los correspondientes litigios, por la misma razón última por la que se aceptan, en otro caso similar, unos resultados económicos, a pesar de no haber protagonizado los negocios correspondientes, con sus riesgos y expectativas». *¿Cómo puede equipararse un proceso, con su carga constitucional de formalización ex art. 24 CE, a cualquier negocio de la praxis?* Error, por cierto, en el que también incurre la poco afortunada STC 58/88.

Y, por último, tampoco considero feliz el razonamiento de la STC 192/97, pues, por ignorar el alcance técnico del concepto de causahabiente, debe justificar su vinculación a la cosa juzgada referida a su dante causa «porque (emplazarlo) habría producido un retraso desmesurado en la tramitación del proceso», lo que, de nuevo creo es una *ratio* que subyace en la elaboración histórica de la categoría técnica de «causahabiente», pero ¿es admisible, expuesta así de sucintamente, a la luz del art. 24 CE?

Más coherente me parece RAMOS, op. cit, p. 629 cuando expone la vinculación del causahabiente como un ejemplo claro de «extensión» de la cosa juzgada.

(265) Cfr, arts. 1869,II, 490,pr y 486 C. c, explicados tradicionalmente de la mano del concepto socorrido de la representación tácita o *ex lege* (y que me parece estaban aludidos por los «vínculos de indivisibilidad y solidaridad», del art. 1252,III C. c, que tan torpemente, a mi juicio, la *communis opinio* doctrinal interpretó).

En Derecho inglés, la cosa juzgada claramente vincula (en los *judgements in personam*) a las partes y a los *privies* (*apud* PUGLIESE, voz cit, p. 798). TARUFFO, op. cit, p. 618, nt 41 nos indica que este último concepto, sin tener definición legal, dado el casuismo intrínseco de ese ordenamiento, es desde luego más amplio que nuestro «causahabiente». Incluso hay autores que lo definen simplemente como «los que han de ser afectados por la cosa juzgada de la sentencia».

Las SSTC 22/84 y 92/98 reconocen la plena constitucionalidad de la vinculación a la cosa juzgada de los causahabientes.

la cosa juzgada) como la acción concreta ejercitada, tal y como si estuviéramos aún regidos por el sistema romano de acciones típicas. Se trata de un problema, delicadísimo, que tiene una autonomía clara en su tratamiento legal y que también la ha de tener en su manejo doctrinal y aplicaciones prácticas (266).

2) Se trata de un problema autónomo que no puede zanjarse de forma apriorística y, por desgracia, tampoco de la mano de una sola regla o principio que funcione como panacea o piedra filosofal. Es un punto en el que la Constitución deja un campo bien amplio de conformación al legislador ordinario y que es, como casi todos los realmente importantes del mundo jurídico, más bien, terreno para trazar límites razonables y razonados para los diferentes derechos fundamentales en conflicto (267).

En esa operación hermenéutica habrán de manejarse con cuidado y sensatez los ingredientes constitucionales que se han ido exponiendo. Y, a mi juicio, con ellos en la mano, explícitamente formulados, para permitir la refutabilidad y mejora, cabe, en mi opinión, defender: i) Que el principio general de la temática ha de ser la relatividad de efectos de la cosa juzgada (art. 222, 3, I C. c). En sí, compendia, si no dictados de Derecho natural, como algunos creen —y en lo que no entro—, sí, desde luego, exigencias de libertad (268). ii) Que, en determinados

---

(266) Así, por todos, JORDANO, op. cit, p. 578.

Hecha la afirmación del texto, me parece sólo cuestión académica discutir acerca de si la primacía la ostentan los límites objetivos (MENCHINI, voz cit, p. 452) o si, en cambio, la tienen los subjetivos (como entienden DE LA OLIVA, op. cit, p. 401 y MONTELEONE, op. cit, p. 26). Lo importante es que, aunque la problemática de los límites subjetivos tenga clara conexión con la de los objetivos, es autónoma en fundamentación y soluciones y, desde luego, impide la visión clásica de reducir a las personas a índices caracterizadores de la acción enjuiciada.

(267) Confróntese la EM de la LEC, punto VII, en relación con la tutela judicial en materia de «consumidores y usuarios», donde se afirma que, «en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora. Se dispone, en consecuencia, que el Tribunal indicará la eficacia que corresponde a la sentencia según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la vigente ley sustantiva protectora de los derechos e intereses en juego». Lo que me parece exacto, aunque lo considero no sólo predicable para la materia a que expresamente alude (véase también el punto IX).

(268) JORDANO FRAGA, op. cit, p. 578; DE LA OLIVA, op. cit, p. 401.

Es éste el único punto de contacto que admito entre esta regla y el principio de relatividad de efectos de los contratos (art. 1257, I C. c) o, más en general, de todo ejercicio de la autonomía privada.

Lo que en modo alguno me convence, según consigné ya (*retro*, II,1), es la idea de DE LA OLIVA, op. cit, p. 401 y de CORTES, op. cit, p. 497, de que esta regla sólo puede sostenerse con la llamada «teoría procesal» de la cosa juzgada.

supuestos especiales, puede darse vinculación de ciertos terceros a la cosa juzgada, como genéricamente advierte el art. 222, 4, i. f (269). iii)

(269) Considero manifestaciones concretas de ello:

a) Herederos que no lleguen a participar en el proceso por los cauces previstos en el art. 16 LEC (arts. 222,3,I y 540 LEC).

b) Causahabientes en general, que no lleguen a participar en el proceso por los cauces del art. 17 LEC (art. 222,3,I LEC).

c) Obligaciones subjetivas complejas para las que la ley no haya impuesto litisconsorcio necesario, como, por ejemplo, lo hace el art. 1139 C. c para las raras obligaciones consorciales o en mano común. Cfr. STC 22/84.

d) Supuestos en los que la cuestión litigiosa no es divisible o escindible (porque, de dividirse, se rompería la continenencia de la causa, esto, porque el pronunciamiento judicial ha de ser necesariamente *in solidum*) en los que la ley no haya impuesto el litisconsorcio necesario: comunidades de bienes, incluyendo la sometida al régimen de propiedad horizontal, la de gananciales (arts. 1385,II C. c y 541 LEC) y la sustanciada en la multiplicidad de fondos de inversión colectiva o en el sindicato de obligacionistas, reclamaciones en materia de consumidores y usuarios (arts. 221, 222,3,I y 11 LEC) e impugnación de acuerdos sociales (art. 222,3,III LEC).

e) Estados civiles (arts. 222,3,II y 764 LEC), a salvo quedando el ámbito cubierto por litisconsorcio necesario (art. 766 LEC). Ya esbozamos *retro* por qué considero el tenor del art. 222,3,II LEC un dislate, al que debe dársele poca importancia, pues es dable superarlo con el criterio histórico (arts. 3,1, 1252,II y 134,II C. c) y sistemático (art. 764 LEC). Cfr. STC 207/89.

f) Garantías, reales y personales, del crédito, salvo en lo relativo a falta de capacidad y vicios de consentimiento del deudor principal alegados por el fiador (en su caso, «real») *ex arts.* 1853, 1824,II, 1301, 1302 C. c, donde creo preciso emplazar a aquél en el juicio.

g) Declaraciones judiciales que usualmente se consideran constitutivas sobre negocios jurídicos —por ejemplo, de nulidad—, a salvo quedando el ámbito cubierto por litisconsorcio necesario (que afecta a los sujetos titulares de la relación jurídica a enjuiciar que sean, en su caso, distintos del demandante). Cfr. arts. 222,2 y 408,2 y 3 LEC (y antiguo art. 1252,II C. c) y STC 207/89.

h) Sentencias penales firmes en relación con la acción de responsabilidad civil derivada de delito o falta en los términos expuestos *retro*, II,7.

Dada la índole de este estudio, volcado sobre todo en la problemática constitucional, no considero oportuno adentrarme en la justificación cumplida de cada uno de estos puntos. En su caso, por lo que hace a los extremos *sub c y f*, remito a las consideraciones que he desenvuelto en mi *Fianza solidaria*, cit, pp. 392-422, con la rectificación —sólo en lo atinente a la fundamentación—, relativa al fiador, que he hecho *retro*, nt 237.

Podría también añadir la argumentación de por qué discrepo radicalmente de la *communis opinio* que ha considerado, en particular en los últimos tiempos, que el art. 1252 C. c era poco menos que obra de un legislador necio. Ya señalé que era incorrecta conceptualmente su ubicación en el C. c en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones (*retro*, II. 4), pero en lo que respecta al resto de reproches gravísimos que se le espetaban, me parece que, más bien, revelan una doctrina patria sin poso histórico y desenfocada. Sin embargo, tal exposición excede también del ámbito de esta Revista. Sólo exhorto, de nuevo, a que se repare en el valor profundo que en el Derecho clásico tenían las expresiones «calidad» con que se actuaba en el juicio (art. 1252,I C. c) y «vínculos de solidaridad e indivisibilidad» (art. 1252,III C. c) en virtud del criterio histórico de interpretación (art. 3,1 C. c y Base 1ª de la Ley de Bases de 1888 del C. c).

Que tales supuestos no han de verse excepcionales, como, caso de aceptarse, predica aún la *communis opinio* (270), sino sencillamente *especiales*.

Considerarlos excepcionales supondría que: 1) los que se admitieran —si es que alguno se admite— serían insusceptibles de analogía (art. 4, 2 C. c). 2) En la duda, habrían de ser interpretados de forma restrictiva (*odiosa sunt restringenda*). 3) Consiguientemente, si se duda, ante un supuesto concreto, entre si la ley ordena la vigencia de la regla general o, por el contrario, una vinculación de terceros, hay que decantarse en favor de lo primero (*secundum tenorem rationis*) (271).

Pero, ¿por qué habrá en ellos excepcionalidad? ¿No responden, igualmente, a la tutela de derechos fundamentales o intereses legítimos con protección *ex arts.* 53 y 24, 1 CE, tal y como se ha expuesto? Creo, pues, más correcto verlos como expresión de normas jurídicas especiales en sentido estricto, esto es, dictadas para supuestos concretos, por una *ratio* específica.

Supuesta la constitucionalidad de cada una de esas normas especiales, ningún problema habrá para extender por analogía su mandato, cuando nos encontremos ante ausencia de norma concreta que regule supuestos semejantes y haya identidad de razón (*ex art.* 4, 1 C. c), ni para hacerlas merecedoras de una operación interpretativa normal (272). Todo lo cual, a mi juicio, bien podría solventar problemas aplicativos de grueso calado que ya hay o que podrán surgir.

3) Pero cabe, en mi opinión, formular una serie de requisitos que la legislación ordinaria ha de cumplir para que una vinculación de terceros a una cosa juzgada pueda considerarse constitucionalmente legítima (273). A saber, en síntesis:

---

(270) DE LA OLIVA, op. cit, p. 401; JORDANO FRAGA, op. cit, pp. 572, 574, 578; DENTI, op. cit, p. 458; COMOGLIO, «Lite...», cit, p. 596; MENCHINI, voz cit, p. 455.

(271) Coherentemente, JORDANO FRAGA, op. cit, *passim* y DE LA OLIVA, op. cit, p. 401.

(272) Así, claramente, SSTC 171/91 y 182/94.

(273) Por supuesto, nuestra aproximación ha de ser, en método y *forma mentis*, necesariamente distinta de la usual en los Derechos anglosajones (en particular, sobre el tema de los *class-actions*, *judgements in rem* y *privies* en los *judgements in personam*). Allí, por su propia formación y *Weltanschauung*, todo gira en torno al examen y debate de cuestiones casuísticas y rabínicas (por ejemplo ¿cuántas personas serán necesarias para que haya una *class*? ¿cuándo es *fair* una *notice* del proceso?) y, en última instancia, todo queda a la discreción prudente de cada Juez, que sienta precedente (por todos, con un estudio documentado y brillante, TARUFFO, op. cit, p. 622). Propugnar esas soluciones y esa forma de razonar para nuestro ordenamiento sería una calamidad (no soportaríamos el grado de incerteza elevadísimo que se derivaría inexorablemente de ellos, dado nuestro sistema de fuentes bien distinto). Cfr, *retro*, nt 6. Por supuesto, mi método no

a) El tercero vinculado debía, como regla, haber ostentado legitimación activa para promover él el juicio concreto que se ha llevado a cabo.

O, con otras palabras, considero consecuencia del tenor y alcance del art. 24 CE que, como regla, toda persona que pueda quedar vinculada por una sentencia (por, conforme a lo dicho, la fijación en ella de la realidad controvertida, por la imposición o denegación en ella de ciertos efectos jurídicos) ha de tener derecho, *ex ante*, a impetrar él personalmente la tutela judicial de que se trató (274). O, aún más: que la

---

carece de riesgos: fundamentalmente el ineliminable que la inducción presenta en el saber jurídico (acrecentado aquí, como ya dije, por seguramente precisar esta indagación de mejores conocimientos procesales y constitucionales que los por mí allegados).

En cualquier caso, creo que quedará clara la distancia que marco respecto de aquellos autores que no se detienen en absoluto en estos aspectos, por creer que son de todo punto inviables en los Derechos modernos civilizados desviaciones al dogma *res iudicata inter partes* (por todos, MONTELEONE, op. cit, p. 156).

(274) En cambio, afirmar que la cosa juzgada de una sentencia vincula siempre a todos los que tenían legitimación activa *ex ante* para promover el juicio, me parece incorrecto y peligroso (afirmación de PROTO, *apud* TARUFFO, op. cit, p. 613 y de PUGLIESE y BUSNELLI, bajo su acuñación de los conceptos procesales *ad hoc* de parte y causahabiente [*retro*, nt 199]).

Por tanto, a mi entender, ostentar dicha legitimación activa no es condición suficiente para poder quedar vinculado por una sentencia ajena, pero sí es, tendencialmente, condición necesaria. Sólo podría aceptarse alguna desviación a esto, si pudiera basarse razonada y suficientemente en otro derecho fundamental. Pienso, en particular, en determinadas acciones de filiación. Tradicionalmente se justificaba la restricción notoria de su legitimación activa (así como la prohibición de investigar la paternidad —Base 5ª de la Ley de Bases del C. c de 1888— y ciertos plazos breves de caducidad) en la defensa de la estabilidad familiar (concebida a la sazón como imperativamente matrimonial, claro está), clave para el orden político-social. Cuestión que, *ex arts.* 39, 24, 18 y 14 CE, hoy debe cambiar, para hallar su posible soporte constitucional en el derecho a la intimidad y, en su caso, en el interés de los hijos implicados (lo que justifica, por ejemplo, la peculiaridad del principio de prueba como requisito de procedibilidad —art. 767,1 LEC— y que se pueda exceptuar aquí el principio de publicidad de las actuaciones y autos —arts. 138, 140 y 754 LEC—). Por ello, intuyo que ese aspecto de la legitimación activa de las acciones de filiación bien pudiera sufrir una lectura ampliadora, puesto que la regulación ordinaria acaso presente un perfil demasiado restrictivo que no siempre se acomoda ni a los dictados constitucionales ni, desde luego, a la realidad sociológicamente vivida hoy en nuestro país.

COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 732 y PROTO, op. cit, p. 1258 no admiten excepción alguna, pues hacen una lectura formal, rígida de este requisito (sin embargo, COMOGLIO, en otro vaivén que el tiempo le aconseja, sí parece admitirlas en «Lite...», cit, p. 596).

Con la salvedad antes hecha, creo que no basta, para la legitimidad constitucional de la vinculación de que discurremos, con que el tercero contase con remedios represivos, *post litem iudicatam*. Estoy de acuerdo con COMOGLIO en *Commentario*, cit, p. 76, en que el derecho a los recursos es diferente al de defensa (ésta representa un momento necesariamente anterior al pronunciamiento jurisdiccional y la eventual defensa sucesiva no la puede suplir, como regla). Cfr, *retro*, lo que dije *sub* II,5.

legitimación activa sea fijada por la ley y, tendencialmente interpretada por los tribunales, de manera congruente con la potencialidad vinculatoria de la sentencia hipotética (275).

Ello acaso explique por qué en la legislación ordinaria la tendencia inequívoca es a la formulación amplia de la legitimación *ad causam*: petición de sólo un interés legítimo, concreto, actual (acciones de filiación —arts. 131, I, 140, I C. c—, de nulidad negocial y matrimonial —arts. 1302 y 74 C. c—, impugnación de acuerdos sociales —art. 117 LSA—, acciones de cesación o rectificación en materia de publicidad —art. 25 Ley 34/88, 11 de Noviembre, General de Publicidad—, concepto amplio de «consumidor y usuario» [Disp. ad. 4ª LEC], «cualquier persona que participe en el mercado» [art. 19, 1 Ley 3/91, de 10 de Enero sobre Competencia Desleal], etc...) (276).

Lo indicado tiene otra consecuencia: si la sentencia que puede afectar a un tercero es producto de un juicio sumario, es menester reconocerle a éste como regla la posibilidad de poner en marcha el plenario correspondiente, sea ordinario o especial (277).

Igualmente, de lo dicho cabe inducir que, en los supuestos en que se concede legitimación activa en materias civiles a entes, con persona-

---

(275) Un apunte en FAZZALARI, voz «processo», cit, p. 160 y TROCKER, op. cit, p. 75.

Por ello, me parece desafortunada la STC 207/89, que, para no conceder amparo, afirmó que el empresario no tiene ningún interés legítimo en el pleito por el que el trabajador solicitaba su incapacidad laboral permanente (pues lo creo contrario al sentido común). Más correcta es la STC 122/98, que apunta al criterio enunciado en el texto, así como lo hace la STC 300/2000, aunque con terminología equívoca, pues alude a que era evidente la «condición material de partes» de los recurrentes, para darles amparo por no haber sido emplazados. En general, recuérdese la jurisprudencia del TC que exhorta a que no se efectúen lecturas restrictivas de la legitimación activa, en conexión con la prohibición de impedir el acceso a la justicia por causas irrazonables o arbitrarias (por todas, STC 71/91) y, en este trabajo, *retro*, I,B,1.a.

(276) STC 97/91: «Este Tribunal ha declarado reiteradamente que la expresión «interés legítimo» es más amplia que la de «interés directo» de la LJCA y, como tal, resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida». La STC 71/91 llama la atención (y no lo creo banal, aunque una lectura literal del art. 24 CE así pudiera darlo a pensar) sobre que el art. 24 CE impone que *cualquier interés legítimo* ha de poder recibir tutela judicial efectiva.

(277) STC 14/92: «dicha jurisprudencia nunca ha impedido que quien, sin incurrir en negligencia, no gozó de una oportunidad razonable para defender sus legítimos intereses en el seno del juicio ejecutivo pueda desarrollar dicha defensa en el marco de un posterior proceso declarativo ordinario».

Recuérdese, por otra parte, que esa persona podría optar, si lo desea, por acudir directamente al TC en amparo, en lo relativo a lesiones de su art. 24 CE ocurridas durante el proceso sumario, sin tener que acudir y agotar, antes, la vía declarativa ordinaria (cfr, *retro*, II,5, nt 115).

lidad o no, para (en su caso, entre otras cosas) la defensa de intereses o derechos de sus miembros (arts. 7, 3 LOPJ, 11 LEC, 16 LCGC, Disp. Ad. 4ª LEC, 150 LPI, 19, 2 Ley 3/91, 25 Ley 34/88, 20, 1 LCU, etc...) (278) y, *a fortiori*, en los que se le confiera al Ministerio Fiscal (arts. 6, 1, 6º LEC, 16 LCGC, 74 C. c, 749, 757, 2 y 5, 765, 1 LEC) (279), creo necesario que jamás se configure como legitimación activa exclusiva y excluyente y sí en todo caso *concurrente* con la de las personas físicas verdaderamente portadoras de los derechos o intereses legítimos (280).

(278) En su caso, a través de la designación por la ley (o, con autorización de ésta, por el Juez) de un representante legítimo *ad hoc*: caso extremo es el art. 117,3 LSA: «Cuando el actor tuviere la representación exclusiva de la sociedad y la junta no hubiera designado a nadie a tal efecto, el Juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado»; arts. 7,6, para las entidades sin personalidad pero con capacidad procesal, 7,7, para los grupos de consumidores afectados y 11,3 LEC, con la indicación de las asociaciones de consumidores que, conforme a ley, sean *representativas* (lo que evoca los criterios de la LOLS). También en materia de comunidades en régimen de propiedad horizontal (art. 13,2 y 3 LPH) o de fondos de inversión y art. 113 Lecrim (cfr. STC 173/89).

(279) Medidas que parecen plausibles en una sociedad como la actual, precisamente para una mayor efectividad de la tutela judicial y en desarrollo de preceptos constitucionales tales como los arts. 7, 9,2, 22, 37 y 124. Cfr. *retro*, lo dicho en nts 180 y 221.

(280) Como indiqué *retro*, en nt 238, en modo alguno entiendo concorde con nuestro orden constitucional la interpretación formalista de la personalidad jurídica (o de una subjetividad procesal *ad hoc*) que, en lo que aquí nos interesa, quedaría plasmada en ostentar legitimaciones *ad causam* que excluyeran la de las personas físicas que las integran. Por poner sólo un ejemplo, me parece inadmisibles que PROTO, op. cit, pp. 1220 y 1245 considere «legitimados extraordinarios» a los socios en los pleitos sobre impugnación de acuerdos sociales o que la doctrina dominante patria niegue legitimación activa a dichas personas físicas para las acciones colectivas de la LCGC.

Dígame lo mismo respecto de la legitimación del Ministerio Fiscal en asuntos civiles, que es presentada, en exceso a mi juicio, por cierta doctrina italiana como excluyente de la de los ciudadanos afectados (por ejemplo PROTO, op. cit, pp. 1239 y 1259).

En particular, no aceptar lo indicado en el texto, cosa muy frecuente en ordenamientos y doctrinas que se autopresentaron como corporativos o que aún padecen sus resabios, me parece que a la postre lleva a resultados político-sociales perversos: los *corpora* sociales como pseudo-prolongaciones del aparato estatal, esclerotizados en sus parcelas de poder, con sacrificio de la autonomía privada de las personas que los integran (piénsese en los males que hoy aquejan a buena parte del «movimiento sindical», desde, precisamente, que se les confirió por ley legitimaciones exclusivas para determinados ámbitos —por ejemplo, negociación colectiva: STC 88/2001—). Todos estos entes y *corpora* han de ser, *también en lo procesal*, meros instrumentos para la mejor satisfacción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Obsérvese que, de nuevo, desde perspectivas del «análisis alternativo del Derecho» se llegaba a resultados muy similares a los criticados (como ejemplo *subiecta materia*, BARCELONA, *apud* PROTO, op. cit, p. 1248 consideraba a los consumidores y usuarios como una comunidad de clase —se supone que en conflicto con el capital—). Así, resulta como poco curioso ver a un sindicato alegar ante el TC que ha de ser incluido en el concepto técnico de

Por ello es de aplaudir, en mi opinión, el inciso con el que comienza el art. 11, 1 LEC: «sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados.... » y también lo dispuesto en el art. 11, 2 LEC, que aclara que son cumulativas las legitimaciones individuales, la de las asociaciones legales de consumidores y la de los grupos de afectados (281).

b) En correlación con lo anterior, condición de legitimidad constitucional de una vinculación de un tercero a una cosa juzgada es que la ley ordinaria le permitiera en todo momento, de desearlo, intervenir en el proceso concreto en cualquier fase de su tramitación (282).

---

«Administración corporativa» manejado por el art. 102,b,1 LJCA, lo que la STC 121/99 rechaza, en mi opinión loablemente.

Tampoco es casual que, al calor de la ideología corporativista, en sus múltiples matices, se llegara a proponer que el cabeza de familia actuara como «órgano» familiar, lo que, por lo dicho, es también inadmisibile en nuestro ordenamiento, si se entiende, en lo que aquí nos importa, como portador de legitimación activa excluyente.

A los efectos de lo que se expone en el texto, se me antojan poco relevantes las categorías escolásticas al uso de la legitimación (ordinaria/directa, extraordinaria/indirecta, procesal/sustantiva o material, subrogatoria, aparente, etc...). De forma incidental, sólo acaso quepa señalar la confusión doctrinal tan grande que existe al respecto [la llamada legitimación aparente me parece un error, por sólo poner un ejemplo, pues se aplica a casos en que, precisamente, se mire como se mire, *no hay legitimación alguna*], causada en gran medida, bien por emplear sólo criterios de Derecho sustancial (y creer que el proceso miméticamente debe reflejarlos) (por todos, PROTO, op. cit, p. 1220), bien por entender que el proceso es un mundo autárquico regido por sus propias leyes y conceptos formales (por todos, véanse MONTELEONE, op. cit, pp. 131 y 139 y FAZZALARI, voz «Tutela», p. 405), con desprecio hacia toda visión que quisiera tener en cuenta el Derecho sustantivo. Acaso desde un término medio, que considero lo más acorde con los dictados de nuestra Constitución, pueda elaborarse una noción moderna más útil de la *legitimatío ad causam*, o sea, de parte o contradictor legítimo en la causa (expresiones clásicas que aún comparecen en los arts. 59 y 228,1 LEC).

En esta dirección creo que apuntan la STC 135/86, para la que es la legitimación material la que debe ser determinante de la procesal, la STC 214/91, que advierte que no quiere decir que no sea ordinaria la legitimación que tiene una persona perteneciente a un colectivo, étnico o social (y dice que ello es preciso recalcarlo más cuando se trata de un colectivo que no tiene personificación) y la STC 97/91, que reconoce interés legítimo a un arquitecto, frente a la alegación del Colegio profesional de que éste ostenta la representación exclusiva del *ordo* o *corpus*: «se trata de un interés profesional de que es titular el Colegio oficial y también todo arquitecto técnico individualmente considerado que haya tenido relación directa con el objeto del proceso, por lo que el hecho de que sean intereses comunes a una pluralidad o categoría de sujetos determinados no puede excluir la posibilidad de que los mismos se defiendan individualmente».

(281) Más dudas me suscita el art. 11,3 LEC, que, además, emplea el adverbio «exclusivamente», aunque creo que es dable reparar en —y potenciar— lo indicado por el art. 13,1,II LEC. Igualmente, entiendo necesario aplicar esta directriz interpretativa al art. 16 LCGC (cfr. el más correcto art. 25 de la Ley 34/88). Cfr. también art. 301,2 LEC.

(282) Así, ya antes de la nueva LEC, RAMOS, op. cit, p. 629 «hay que recordar que precisamente los efectos directos o reflejos de la sentencia sobre terceras personas es lo que las legitima para intervenir en el proceso pendiente» y JORDANO FRAGA, op. cit,

A mi juicio, esto queda hoy regulado muy bien por el art. 13 LEC, que exige, para poder intervenir en la causa, sólo interés directo y legítimo en el resultado del pleito (número 1) (283), y que dicta, para el íntegro respeto del derecho de defensa del interviniente, que: i) podrá hacer cuantas alegaciones considere necesarias —originales o de adhesión a las pretensiones ya formuladas por el litisconsorte—, aunque ya hubiese transcurrido en el proceso la fase para hacerlas (284); ii) y que lo podrá hacer,

p. 578; también toda la doctrina alemana moderna, *apud* TROCKER, op. cit, p. 80, ya sea en la forma de intervención simple o en la *streitsgenössische Nebenintervention*. COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 736 y PROTO, op. cit, p. 1221. STC 289/93.

Igualmente es conocida la doctrina de nuestro TC, de amparar a quienes, conocedores de la existencia de un pleito que les afecta, ven rechazada su personación por los tribunales sin razón legal (por todas, SSTC 213/89, 167/94, 192/97 y 115/99). Por ello, creo inconstitucional la línea jurisprudencial que negaba legitimación para intervenir al cónyuge del demandado ejecutivamente, apoyándose en el argumento —malo como pocos, por añadidura: *ex arts.* 24 CE y 1121 C. c— de que, mientras no se disuelva el régimen económico matrimonial comunitario —gananciales, particularmente—, no tenía aquél un derecho concreto, sino sólo una expectativa de derecho.

Recuérdese también, como hace la STC 229/2000, que la STC 4/85 indicó que no era conforme al derecho fundamental del art. 24 CE restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución exclusivamente a quienes hubiesen sido parte litigante. Esta sentencia afirmó que el derecho del art. 24 CE habilita a quienes aleguen ostentar un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución para comparecer en el proceso ejecutivo.

(283) Precisamente por esta amplitud de la legitimación para intervenir, no tiene sentido en nuestro ordenamiento la exhortación que el TC alemán (*apud* TROCKER, op. cit, p. 73) formuló para que se viera que «la determinación de los sujetos titulares del derecho de defensa no se puede hacer sólo con las normas que disciplinan las formas de participar en el juicio».

Deben superarse, pues, lecturas mutiladoras de la posibilidad de intervenir, habituales entre los civilistas más rancios (por ejemplo: DÍEZ PICAZO, L., op. cit, p. 434 entendía que no podía el fiador intervenir espontáneamente en el pleito iniciado por el acreedor contra el deudor principal).

(284) La doctrina alemana encarece que se interprete correctoramente, en el sentido ordenado por nuestro art. 13,3 LEC, el dictado literal del parág. 67 ZPO, que impide al interviniente hacer actos de alegación o prueba que ya estuviesen precluidos para las partes. Como indiqué, también así lo definiendo, *ex arts.* 13,3 LEC y, en su caso, 4,1 C. c, para la intervención de terceros en la pieza de responsabilidad civil que se llevase en la instrucción de una causa penal (*retro*, II,7). Pues el derecho de defensa prevalece sobre cualquier restricción que sólo se basase en el principio de concentración de actuaciones procesales (es decir, la dilación que así pudiera causarse es, claramente, *debida*). Cfr. SSTC 213/89, 188/92 y 131/92.

Y ello sin perjuicio, claro está, de que el Juez pueda y deba reprimir intervenciones que considere fundadamente como dilatorias o fraudulentas con las medidas que la ley pone a su alcance. Mas prevenir en abstracto esto no puede justificarse, conforme a lo que indiqué *retro*, II,8,d, que se cercene *a priori* la posibilidad de intervención (que, en cambio, es la propuesta de PROTO, op. cit, p. 1255, sobre la base —insuficiente constitucionalmente, a mi juicio— de que el derecho de defensa es de conformación legal).

aunque el litisconsorte hubiera renunciado, desistido o se haya allanado o apartado del proceso por cualquier otra causa (número 3).

Disposiciones específicas que desarrollan esta exigencia constitucional son el párrafo final del art. 16 LCGC, 117, 4 LSA, 15, 2, 221, 3ª y 600, II LEC, 62, 2 LO 5/2000 y 110 Lecrim.

c) En tercer lugar, creo que es requisito de constitucionalidad que el tercero que vaya a quedar vinculado por la sentencia haya podido, como regla, ser llamado a la causa por cualquiera de las partes procesales (285).

Por esa razón, creo que hay que dar una interpretación todo lo flexible que sea posible del art. 14 LEC, para superar, sobre todo, el requisito aparente de que sólo puede admitir el Juez tal posibilidad cuando la ley ordinaria expresamente la prevea. Pues estimo que, lejos de tratarse de un mecanismo excepcional (286), ha de verse, a lo sumo, como especial, de forma que cabrá aceptarlo con apoyo en la analogía (*ex art. 4, 1 C. c.*).

A esta luz hay que revalorar el alcance e importancia de los arts. 1084, II y 1834 C. c, muy mal comprendidos, en mi opinión, por la doctrina común (287). Y, para ello, puede ser muy útil y refrescante el tenor de la Disp. Ad. 7ª de la LOedif (288). También puede consultarse el art. 16, 2 LEC.

---

(285) Incluso creo que esta posibilidad procesal, tan restrictivamente leída por la doctrina común, debe entenderse de manera aún más amplia: es dable llamar en causa a cualquier tercero interesado en ella (un posible vinculado por la sentencia es interesado *in re ipsa*, pero no todo interesado ha de ser alguien que resultaría vinculado, bastando con que de hecho sea afectado, beneficiosa o perjudicialmente, por el resultado del pleito).

Por supuesto, con una acumulación de acciones (art. 72 LEC), que no se permitirá después de contestada la demanda (art. 401,1 LEC), nos salimos ya de nuestra hipótesis, puesto que *eo ipso* no podríamos hablar de un «tercero» al proceso (igualmente, *ex hypothesi*, con una acumulación de procesos: arts. 77 y 78,1 LEC y, de manera aún más rítmica, en supuestos en que se haya dado un litisconsorcio voluntario: arts. 12,1 LEC y 17,4 LCGC).

Téngase presente que, dado el cuadro doctrinal y jurisprudencial tan complejo que sobre esta materia existe —y no sólo en nuestro país—, acaso adoptar estas últimas vías (en particular, el litisconsorcio voluntario) pueda considerarse, desde una óptica «práctico», medida elemental de prudencia forense.

(286) Como dije, me parece poco feliz que sea aún una opinión doctrinal extendida (sobre todo entre civilistas). No sólo revela encastillamiento en un modelo liberal decimonónico del proceso civil, sino que es ya claramente contraria a la *lex lata*. Remito a la demostración que creo haber hecho en mi *Fianza solidaria*, cit, p. 408.

(287) Cfr. mi *Fianza solidaria*, cit, nts 867 y 876, respectivamente.

(288) «Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la LEC concede para contestar a la demanda, que éste se notifique a otro u otros agentes que también

d) Las condiciones de constitucionalidad hasta aquí expuestas dicen relación con que el tercero que pueda quedar vinculado por la sentencia tenga la *posibilidad abstracta* de participar, por distintos cauces, en su formación.

¿Son condiciones suficientes? A mi juicio, no. Adicionalmente, la ley ordinaria debe exigir modos y vías por las que dicho tercero o terceros no sólo cuenten con la posibilidad abstracta, *de iure*, de participar en el juicio, sino también con una concreta, *de facto*, de hacerlo (289).

He aquí un punto muy delicado y clave. Estimo que hay que partir de esta premisa: la ley ordinaria debe requerir que ese tercero *llegue a conocer el inicio de la causa en cuestión* (290). Ahora bien, exigir un conocimiento efectivo en todo caso sería, como es notorio en tema de actos de comunicación procesal, lesivo de otros derechos fundamentales y poco funcional por añadidura. Esto es, cumple exigir al legislador ordinario que diseñe cauces que permitan que ningún tercero que se comporte conforme a parámetros de buena fe objetiva llegue a ignorar la pendencia de la causa cuya sentencia le puede resultar vinculante.

¿Cuáles podrían ser esos cauces? Como premisa adicional, me parece excluible que pueda prever con carácter general que el Juez cite él de oficio en calidad de parte a cualquier tercero que considerara potencialmente vinculado por la hipotética sentencia. Una posibilidad tal podría ser lesiva del principio dispositivo y de igualdad de armas en el proceso civil (291). Creo que cuando el legislador quiera que se dé una posición plurisubjetiva procesal, la previsión que ha de hacer

---

hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieran, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

(289) Es la doctrina del TC alemán, *apud* TROCKER, op. cit, p. 75. También así se manifiesta la Corte Costituzionale italiana (véase, por todos, la glosa de COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 742).

(290) Luego no son suficientes las posibilidades legales de que voluntariamente una parte procesal dé conocimiento de la causa iniciada a terceros (litisconsorcio voluntario, llamadas en causa, acumulaciones de acciones a instancia de parte, ampliación voluntaria de la demanda). Pues el problema no radica en lo que puede hacer una parte, sino en lo que, en su caso, se debe hacer, conforme a la ley ordinaria, para que sea respetado íntegramente el derecho de audiencia/contradicción/defensa de aquellos terceros (así lo ponen de relieve JORDANO FRAGA, op. cit, p. 621, el TC alemán, *apud* TROCKER, op. cit, p. 73 y PROTO, op. cit, p. 1257).

(291) Sin embargo, era una de las posibilidades teóricas a que aludía la S. 55/71 de la C. C italiana (ni siquiera el que se refiriera a una cuestión de responsabilidad civil a enjuiciar en una causa penal me persuade para cambiar la apreciación del texto, puesto que, como he indicado, no creo que la índole del orden jurisdiccional por el que se dirima la cuestión borre su naturaleza intrínsecamente civil y, por tanto, la exigencia de

no es ésta, sino la de imponer *recte* un litisconsorcio necesario. Qué-dese como excepción lo previsto en el art. 753 LEC, respecto de procesos de estado, puesto que, como es sabido, en ellos desde siempre la ley delimita fuertemente *ab intra*, con base en derechos fundamentales, el principio dispositivo (véase art. 216 LEC) (292).

Pues bien, hechas estas aclaraciones de principio, esos cauces podrían ser:

i) Una notificación que a los terceros potencialmente vinculados, como requisito de procedibilidad, la ley exija al demandante. Es, por ejemplo, lo que dibuja el art. 15, 2 LEC, cuando, en litigios sobre intereses de consumidores y usuarios, los afectados estén determinados o sean fácilmente determinables.

ii) La petición que haga el juez de anotación preventiva de la demanda en Registros públicos competentes (RP, RC, RM, RCG). Ello, por ejemplo, me parece perfectamente incluíble en el art. 762 LEC, sobre procesos de incapacitación y, por ende, extensible a todos los procesos de estado. Y también se ordena por el art. 11, 3 LCGC.

iii) Una notificación que de la demanda haga el Juez de oficio al tercero. Ello, por ejemplo, está previsto en el art. 541, 2 LEC para la eje-

---

ser gobernada por un *quantum* mínimo de los principios esenciales reguladores del proceso civil: cfr. *retro*, II,7 y art. 984,III Lecrim y STC 314/94).

De hecho, acaso sea pertinente recordar que esta propuesta fue una de las más características del proceso civil de cuño autoritario o totalitario del primer tercio del S. XX (así lo subraya ALLORIO, op. cit, p. 427, pero no lo advierte COMOGLIO, *Overruling*, cit, p. 742, pese a su búsqueda febril de excrecencias de aquella índole).

Por supuesto, las apelaciones que nuestro TC hace al principio de igualdad de armas en el proceso civil, como plasmación del principio de contradicción y, a la postre, para evitar indefensión, son constantes desde la STC 13/81. Por ello, quizá en línea con lo afirmado en el texto pueda entenderse la STC 289/93: «el derecho a ser emplazado en un proceso es, sin duda, un derecho más limitado que el de personarse en él».

Distinta, claro está, debe ser la valoración pertinente en relación con el proceso contencioso-administrativo, respecto del que nuestro TC tiene sólidamente afirmado que cabe este emplazamiento de oficio siempre que le consten al Juez o Tribunal con fehaciencia, en virtud de los datos allegados, la identidad y domicilio de ese tercero (desde la STC 63/82) y se trate de personas que no sean meros interesados en el proceso, sino que, además, puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada (SSTC 97/91, 192/97 y 229/97). También es obvio que en el proceso penal es cardinal y meridiana la obligación del Tribunal de emplazar como imputados a todos aquellos de los que se vaya a dirimir su participación en el delito o falta (véase, por ejemplo, STC 18/95, que dio amparo ante un caso en que no se hizo tal emplazamiento para el recurso de casación).

(292) También, de manera obvia, según se indicó, jamás cabe entender la garantía constitucional del derecho de defensa en el sentido de demandar en todo caso una participación *efectiva* (*a fortiori*, menos aún una que fuese constante) del tercero conocedor de la causa pendiente.

cución sobre bienes gananciales en supuestos en que la obligación fue asumida por la actuación *de un sólo cónyuge —el demandado ejecutivamente—, no constando el consentimiento del otro* (293).

¿Cabría dar a esta última vía carácter general? Así lo considero, dada la letra del art. 150, 2 LEC, máxime si se compara con su número 3 (294). Ahora bien, para salvaguardar en lo posible el principio de igualdad de armas, acaso esa actuación deba someterse siempre, antes de ser activada, a la discusión contradictoria de las partes ya constituidas (*vid, retro*, nt 76).

A mi juicio, una sola notificación de esta índole, sometida a las reglas generales sobre comunicación de actos procesales de la LEC, cumple las exigencias que el derecho de defensa aquí impone (295).

---

(293) Cfr. también art. 144,1 Rh. Fundamentalmente, como es bien sabido, esta previsión tiende a lograr que el otro cónyuge, si lo estima conveniente, pueda demostrar que, *pese a las alegaciones del demandante y quizá las admisiones del demandado*, la deuda por la que se procede no es propia del pasivo —ni provisional ni definitivo— de la sociedad de gananciales (por ejemplo, estaba vigente el supuesto del art. 1388 C. c) y, en su caso, que existen bienes suficientes privativos del cónyuge actuante (*ex art. 1373 C. c.pr*). Y lo ha hecho evitando imponer aquí un litisconsorcio pasivo necesario, propugnado por numerosa doctrina y jurisprudencia, que se ha considerado, con plausibilidad en mi opinión, carga exorbitante para el acreedor que sólo ha contratado con uno de los cónyuges.

(294) Obsérvese que es cosa bien distinta, que esa notificación se haga *a instancia de parte*, puesto que claramente habría ahí iniciativa individual previa. Dado que, igualmente, se parte de un impulso individual previo, es también diferente una acumulación de acciones de oficio (por ej, arts. 73,2 y 78,4 LEC).

La que se indica en el texto parece ser también la vía privilegiada por el TC alemán (*apud* TROCKER, *op. cit*, p. 81) y, desde luego, es la solución que el legislador ordinario adoptó en la reforma del parág. 640e ZPO, para el proceso de impugnación de paternidad.

(295) Me parece exagerado que COMOGLIO, «Overruling», *cit*, p. 743 exija que los terceros deban estar *constantemente* «a conoscenza del progressivo evolversi del giudizio», por lo que pide que el Juez no sólo notifique de oficio la interposición de la demanda, sino que igualmente lo haga con todos los actos procesales intermedios y resoluciones decisorias no definitivas.

Y no sólo creo que esto no es constitucionalmente exigible, sino que incluso entiendo que no sería razonable, en una óptica de política legislativa. Puesto que inocularía una ralentización no precisa al proceso civil y supondría imponer un deber jurídico al Juez de tutelar paternalistamente a personas que se presumen capaces y responsables. Me parece que si hay razones para censurar toda tutela legal para atolondrados, se duplicarían los reparos si, además, se encomendara la misma a los Jueces. Una vez informado del inicio del proceso, es el sujeto portador del derecho o interés legítimo el único que, en ejercicio libre de su derecho de tutela judicial efectiva, debe valorar si comparece o no en el proceso o si, compareciendo, alega, contradice, prueba o simplemente se limita a adherirse a las pretensiones deducidas por alguna parte procesal. Por tanto, ha de tenerse en cuenta la remisión a la ley procesal concreta que efectúa el inciso final del art. 270 LOPJ.

Pero obsérvese que, por definición, hay supuestos en que esta actuación judicial no es viable: cuando los posibles vinculados por la sentencia eventual no puedan determinarse con facilidad razonable (296).

iv) Que el Tribunal llame al proceso a quien tenga interés mediante la publicación de la admisión a trámite de la demanda en medios de difusión adecuados. Así se ordena en el art. 15, 1 LEC para los procesos iniciados por asociaciones de consumidores y usuarios o grupos de afectados (si, además, se tratare de casos en que los interesados no estén determinados y no sea fácil determinarlos, ese llamamiento suspenderá el juicio durante un plazo —número 3—).

Dada la *ratio* muy específica que motiva este cauce, creo que la analogía que pudiera jugar *ex art.* 4, 1 C. c, daría resultados circunscritos (no son muchos los supuestos en que podrá apreciarse *eadem ratio*) (297).

v) *A fortiori* creo admisible que el Juez exhorte a una parte acerca de la conveniencia de que incorpore a la causa a uno o varios sujetos. Así está regulado en nuestra LEC, tanto en el desarrollo de la audiencia previa del juicio ordinario cuanto en el inicio de la vista del juicio verbal y debe entenderse viable en cualquier otro procedimiento civil especial. Al Juez civil, como ya he puesto de relieve, sin duda corresponde hoy la función de dirigir técnicamente el proceso (art. 237 LOPJ), máxime en aspectos en que están en juego derechos fundamentales (cfr. también art. 109 Lecrim y STC 121/94).

En conclusión, creo que puede considerarse inconstitucional, por ser lesiva al derecho de defensa, una vinculación de un tercero a una cosa juzgada si, en el caso concreto, ni conoció efectiva y tempestivamente la pendencia del juicio, ni tuvo posibilidad legalmente suficiente de conocerlo (298). O sea, quien, aun teniendo la facultad de ini-

(296) Así, COMOGLIO, *overruling*, cit, p. 743 y TROCKER, op. cit, nt 101.

(297) Pero, señalada la especialidad en sentido estricto de esta previsión, no entiendo por qué DENTI, op. cit, p. 458 se manifiesta de plano contrario a la misma.

Desde luego, me parece insuficiente el mecanismo que se intentó pulsar en el caso analizado por STC 58/88: allí el Juez llamó al tercero a la causa como testigo en virtud de una providencia para mejor proveer.

(298) Me parece que también las conclusiones a que llegaba COMOGLIO a este respecto en *Overruling* pecaban, pese a su declaración de intenciones, de formalismo: acababa exigiendo siempre una notificación/emplazamiento suficientemente expresivo al tercero *ope iudicis*. En mi opinión, hay que ponderar cada situación concreta con el canon, bien conocido, de la buena fe subjetiva y los diversos criterios jurídicos existentes para discernir cuándo esa buena fe puede considerarse jurídicamente relevante y cuándo no, por descansar en ignorancia o error inexcusables. Véanse, por ejemplo, los arts. 107,1 y 166,2 LEC y piénsese en que el supuesto más frecuente por el que nuestro TC deniega el amparo en esta temática es por *el conocimiento extraprocesal de la pendencia*

ciar o intervenir en el juicio, se encuentra ante una imposibilidad de hecho de acceder a él, debe ser equiparado a quien, por falta de legitimación —inicial o *pendente lite*—, padece una imposibilidad de Derecho de hacerlo.

Y, por supuesto, recuerdo que todas estas medidas sólo las refiero a terceros que realmente pudieran quedar vinculados por la cosa juzgada ajena, no a quienes sencillamente puedan ser afectados de hecho, beneficiosa o perjudicialmente, por dicha sentencia. Puede el legislador ordinario prever actos de notificación de diversa índole allende el círculo estricto de los terceros que nos preocupan aquí, pero, al igual que formulé crítica respecto de exigencias exageradas de litisconsorcios necesarios y expresé reservas acerca de multiplicar los actos procesales que deben ser notificados, también aquí me parece que un trazado excesivamente amplio del número de terceros sería poco funcional y, en ocasiones, podría llevar a lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas de una de las partes procesales (299).

e) Hasta aquí he analizado condiciones de legitimidad constitucional *preventivas*, esto es, de juego anterior a que se dicte la sentencia que

---

*del proceso, al que siguió decisión de no comparecer* (innumerables sentencias desde la STC 13/81). A título anecdótico, puede consultarse D. 42,1,63.

Sin embargo, conforme a lo que ya antes indiqué, me parece muy discutible la solución dada por la STC 314/94, que entendió que un no emplazamiento del consorcio de seguros como responsable civil subsidiario no supuso indefensión material «pues tuvo a su disposición los recursos». Repito que estimo que el derecho a los recursos es diferente del de defensa (pues ésta se refiere a un momento necesariamente anterior al pronunciamiento jurisdiccional y la eventual defensa sucesiva no la puede suplir, como regla).

(299) Admito que deslindar esas dos categorías de terceros es muy delicado. No en vano ha sido la verdadera *crux iuris* histórica de esta materia y así lo pusimos de relieve *retro*, en nt 237. Vuelvo a definir aquí, de manera genérica, a los terceros que nos interesan como aquellos que pueden sufrir el alcance de lo dispuesto por los arts. 222,3, 222,4, 421,1 y 764,2 LEC. Un número, no cerrado, de tales terceros puede verse *retro* nt 269.

Me parece demasiado amplia la noción que maneja la STC 185/90 (afectados «en cualquier sentido» en sus derechos e intereses por el fallo); demasiado estrecha la de las SSTC 316/94 y 150/99 («destinatarios directos y explícitos de la decisión judicial contenidos en el fallo»). Más equilibradas, pero sin eximirse de dificultades exegéticas graves las STC 122/98 «afectado directa e inmediatamente en sus derechos» y STC 165/99 «aquel cuya situación jurídica sea modificada por la sentencia». En cualquier caso, me parece juiciosa la STC 214/91: «tampoco cabe confundir interés legítimo con el directo, pues, para el amparo, no siempre es necesario que los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada hayan de repercutir en la esfera patrimonial del recurrente, siendo suficiente que, con respecto al derecho fundamental infringido, el demandante se encuentre en una situación jurídico-material que le autorice a solicitar su tutela ante este Tribunal».

Me resulta lógico que el TC alemán padezca tribulaciones análogas (véase la reseña que facilita TROCKER, op. cit, pp. 73-74 y 90 y las principales opiniones doctrinales que ha suscitado).

podiera vincular a terceros con su cosa juzgada. Mas también debe haberlas —y en grado suficiente— de tipo *represivo*, es decir, destinadas a defender la posición de esos terceros, cuando no se hubieran respetado los requisitos preventivos analizados.

Me refiero a los recursos. No en vano son caracterizados por el TC como una garantía básica (300), que permite que los jueces de grado superior controlen que se haya dado un «juicio justo», esto es, conforme con todos y cada uno de los derechos fundamentales y, en particular, de las garantías enunciadas por los arts. 24 y 10, 2 CE.

Puesto que, *ex hypothesi*, abordo casos con aplicación indebida o inaplicación de normas reguladoras de la cosa juzgada, creo aquí pertinente una remisión a los recursos que expuse *retro*, *sub* II, 1.

A ellos añado aquí el recurso de revisión. Pues, aunque literalmente, sólo se concede «a quien hubiera sido *parte* perjudicada por la sentencia firme» (art. 511 LEC), no creo descabellada una lectura que incluya a todos los terceros que hayan quedado vinculados por la cosa juzgada, esto es, con terminología clásica, a todos aquellos que pudieron ser parte legítima de la causa (cfr. arts. 59 y 228, 1 LEC).

Creo que mi propuesta viene avalada por:

i) Los precedentes históricos de este recurso (no es sino el trasunto moderno de la clásica acción de rescisión de una sentencia firme por falta de capacidad de obrar, vicio de consentimiento, fraude, colusión e injusticia notoria [301]), que, de manera constante, daban esa legitimación activa a terceros que alegaban daño en sus derechos por alguna de aquellas causas (302).

ii) El principio interpretativo *pro actione* ex art. 24 CE (o, si se prefiere, *pro defensa* —SSTC 146/85, 83/85 y 81/85— o «pro acceso a la justicia» [STC 135/86] o, en última instancia, «pro efectividad del derecho a la tutela judicial» [SSTC 90/86, 87/86 y 167/87]), máxime cuando la pretensión englobaría o embebería una petición de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales (STC 158/87) (303).

(300) Por todas, SSTC 51/82, 47/84, 146/85, 111/84 y 121/99.

(301) De hecho, el término «rescisión» aún luce en el art. 516,1 LEC.

(302) Véase, por todos, POTHIER, *op. cit.*, p. 270.

(303) En general, véase lo dicho *retro*, *sub* I,b,1,a, sobre el alcance y sentido del principio *pro actione*. Y, en concreto, STC 185/90: «Por ello, será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales». Véanse también SSTC 15/85, 158/87, 94/89 y 310/93.

Puede también traerse a colación que la jurisprudencia, bajo el imperio de la LEC/1881, que se expresaba de igual manera que el vigente art. 511 LEC, amplió la legitimación a los interesados perjudicados por la sentencia (SSTS 23-11-62 y 19-1-81).

iii) El apoyo que brinda el ser, precisamente, el criterio flexible que la ley ha recogido para el «incidente excepcional de nulidad de actuaciones» (arts. 228, 1 LEC y 240, 3º LOPJ, en la redacción dada por la LO 13/99, de 14 de Mayo) (304).

iv) Y, aunque el recurso de amparo tiene una lógica diferente y no es estrictamente jurisdiccional, podría sopesarse la reflexión hilvanada por la STC 135/86, que da interpretación amplia a la locución «haber sido parte en el proceso correspondiente» formulada por el art. 46, 1, b LOTC, para poder entender legitimado a quien, «pese a habersele negado esa cualidad procesal por razones formales excesivas, por causas no imputables al interesado, realmente le correspondía conforme a una interpretación razonable de la legalidad, es decir, a quien pudo serlo o tenía derecho a serlo» (305).

Si se acoge esta lectura, entiendo que la legislación ordinaria sobre este punto cubre también los requisitos mínimos que el art. 24 CE impone (306).

---

(304) Que, sea dicho *en passant*, deviene de gran importancia, en el cuadro global de recursos que traza la LEC, para la tutela cumplida de los terceros de que aquí nos ocupamos. Puesto que, en virtud de la amplitud dada a su legitimación activa, les concede un remedio jurisdiccional que suple la ausencia en nuestro ordenamiento del recurso de «oposición de tercero», que sí existe en Francia e Italia y que tiene gran abolengo histórico para proteger precisamente a nuestros terceros (ausencia que, en cambio, no podría colmarse debidamente con el solo recurso de revisión, ni siquiera en la interpretación que le doy, puesto que ha de asentarse necesariamente en motivos tasados [art. 510 LEC], ni con las causas de oposición a una acción ejecutiva por defectos procesales [art. 559 LEC], que sólo permiten, igualmente, reparar una parte muy pequeña de los perjuicios que una sentencia puede infligir a terceros).

(305) A los efectos de lo que defiendo, es indiferente que el de revisión se conceptúe como un recurso *stricto sensu* (extraordinario) o, según parece apuntar DÍEZ-PICAZO en la STC 158/87, como una acción especial y autónoma con finalidad resolutoria de sentencias firmes.

Sin embargo, dudo que quepa en nuestro ordenamiento la propuesta doctrinal italiana de que incluso los afectados de mero hecho por la sentencia firme puedan disponer del recurso de revocación por fraude o colusión en su perjuicio (por todos, MENCHINI, voz cit, p. 453 y PUGLIESE, voz cit, p. 891), lo que acaso refleje aún una inconsciente equiparación de la sentencia a los actos de autonomía privada (arts. 1111, 1291,3º, 1911 C. c).

(306) Me parece que, adicionalmente, podrían entenderse suspendidos los plazos para estos recursos extraordinarios (arts. 228,1 y 512 LEC) en casos de fuerza mayor, en virtud, de nuevo, de la aplicación del principio hermenéutico *pro actione* y, en su caso, como inferencia extraíble del aforismo *ad impossibilia nemo tenetur* (STC 83/83). Téngase también en cuenta que la STC 15/86 indicó que ese plazo se suspendiera por la interposición del recurso de amparo y se reanudara al notificarse al recurrente su desestimación.

Lo que no me parece admisible en nuestro ordenamiento es un recurso genérico o una pretensión declarativa de que dispusiera en todo momento cualquier tercero vinculado por la sentencia firme, para demostrar su injusticia e impedir, de ese modo, que sus efectos le incidan. Es una tesis, que en la doctrina italiana parece obra de LIEBMAN, que es reproducida aún por algunos (307) y que también parece sugerirse en parte de la doctrina alemana sobre la base de una interpretación amplia de la *exceptio doli*, ex parágg. 242 y 826 BGB (308).

Pues, si esto se aceptara, quedaría borrada de un plumazo la eficacia consustancial de la sentencia como acto jurisdiccional y se violarían aspectos esencialísimos de nuestra Constitución, tal y como expuse *retro*, I. La única injusticia jurídicamente relevante es la que puede hacerse valer por el conjunto de recursos que el ordenamiento predispone (véase el tenor, lógico, del art. 516, 3 LEC) (309).

---

Con lo defendido en el texto, creo que puede el recurso extraordinario de audiencia al rebelde volver a su cauce tradicional y propio: esto es, remedio para quien fue declarado en rebeldía y alegue una de las causas elencadas por el art. 501 LEC. Es sabido que el TC hizo una lectura muy forzada de este recurso, ofreciéndolo a aquel tercero que, aun no declarado en rebeldía, no pudo comparecer en el juicio y quedó, no obstante, vinculado por su sentencia (considerando formalista la lectura atendida a la letra y lógica legales —SSTC 15/96, 90/98, 218/2000—). Lo que, de rechazo, me confirma la bondad de la sugerencia que acabo de formular en el texto.

(307) Por todos, MONTELEONE, op. cit, p. 170. En su caso, algunos admiten tal pretensión de modo implícito, al permitir que el tercero pueda reproponer en un nuevo pleito todo lo que fue decidido en el anterior y exigir que el Juez entre *ex novo* a enjuiciarlo y resolverlo.

Según se indicó *retro*, II,4, en la formulación de esa visión se manejaban los precedentes romanistas que siempre permitían a todo tercero, demostrando la *iniuria iudicis*, evitar los efectos de una sentencia (cfr. D. 30,50,1, D. 46,1,67 y D. 8,5,19). Por ello, el vicio conceptual, de nuevo, es de partida: equiparar la sentencia a un contrato privado, cosa hoy inadmisibile.

(308) SEUFFERT, *apud* TROCKER, op. cit, p. 85. También alude a ello WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno*, II, trad. de FUSCO,S-A, Varese, 1980, p. 253.

(309) Allende ese cuadro de recursos, imputar «injusticia» a una sentencia será afirmación tertuliana o histórica, y siempre enormemente subjetiva (cfr. STC 26/99).

Cuando se propugnan lecturas subversivas del cuadro vigente de recursos, ello denota límpidamente que el autor percibe insuficiencias, reales o pretendidas, de aquél. Equivalen, pues, a propuestas *de lege ferenda* que son, en sí mismas, críticas de la *lex lata*. Muchas veces su importancia es enorme, pues funcionan como signos precursores de reformas posteriores de la ley. Pero, en tanto no se plasmen en ley ordinaria, más valor técnico no cabe darles.

STC 15/86: «No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la santidad de la cosa juzgada en aras del superior valor justicia (...) pero ello sólo lo puede hacer en supuestos taxativamente previstos»; SSTC 159/88 y 22/89: «por fuerza existe otra parte que ha obtenido una sentencia firme, cuyos efectos de cosa juzgada son inatacables ya ni siquiera por revisión y cuyo derecho a la tutela judicial

Cosa distinta de la anterior y, en sí, tanto del terreno técnico de los recursos como, por tanto, de los requisitos que han de reunirse para que la vinculación de un determinado tercero a una cosa juzgada ajena pueda considerarse constitucionalmente legítima, es la siguiente: supuesta la legitimidad constitucional de una vinculación tal, aún le ofrece a ese tercero el Derecho sustantivo una posible protección reparatoria por equivalente (310). Me estoy refiriendo al régimen de reembolso de que estructuralmente está dotada toda obligación solidaria (arts. 1145, II, 7 y 1258 C. c, 21 LPH) y toda obligación fideiusoria (arts. 1838, 4º, 1840, 7 y 1258 C. c) y que, de hecho, también cabe en toda situación de cotitularidad sobre bienes (véanse, por ejemplo, arts. 1364, 1397, 3º y 1398, 3º C. c), siquiera, en ocasiones, quede en cierto modo velado por ostentar su titularidad unificada un ente personificado. En última instancia, aún podría alguno defender la pertinencia de la acción por enriquecimiento injusto, con sujeción a sus requisitos estrictos.

Por supuesto, la existencia de esta forma de protección *per se* no podría convalidar una vinculación ilegítima de un tercero por una cosa juzgada *inter alios* (311). Ha quedado claro en este estudio que considero que el art. 24 CE impone unos requisitos mínimos *formales* con carácter, sí, instrumental respecto de derechos e intereses legítimos, pero, al mismo tiempo, infranqueables para el legislador ordinario.

---

efectiva se vería lesionado por la apertura de un pseudo-incidente de nulidad de actuaciones no previsto por el ordenamiento», seguida por SSTC 151/95 y 108/99 (mejor que la STC 185/90, que se limita a decir que «la sucesión ilimitada de recursos es incompatible con el principio de seguridad jurídica del art. 9,3 CE»).

(310) Desde luego, también ofrece en ocasiones una protección más incisiva: una que es reparatoria en forma específica o *in natura*. Me refiero a la que se engloba como tutela legal de la apariencia de buena fe que, en numerosos casos, se concreta en las llamadas adquisiciones *a non domino*, a título originario. El ejemplo más evidente es el que se sustanciaba, desde tiempos del Derecho canónico más excelso, en el régimen del matrimonio putativo (hoy art. 79 C. c) respecto de la progenie habida y el cónyuge de buena fe. Pero, como de todos es sabido, hoy constituyen un número bastante mayor de mandatos legales (tanto que algunos creen firmemente en que llegan a ser plasmación, a su vez, de un principio general del Derecho: por todos, es la tesis magistralmente tratada en nuestra doctrina por GORDILLO, en *La representación aparente*, Sevilla, 1978).

Estos supuestos pueden presentarse como límite para la eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada. Pero es un límite extrínseco (consecuencia, efecto, *posterius*) impuesto por los derechos que *ex lege* adquieren a título originario determinadas personas (que son la causa, el *prius*).

(311) Como parece que afirma ZEUNER, *apud* TROCKER, op. cit, p. 85, en relación con los terceros que estén obligados a aceptar los actos dispositivos de una relación principal o prejudicial (pensamiento que peligrosamente aflora en la STC 63/82).

Pero, admitida, en su caso *per in concessum*, la legitimidad constitucional de aquella vinculación, no creo sano desdeñar esta vía extrema de protección (312): baste pensar en que la pretensión reparadora, *ex* art. 24 CE, deberá poder sustanciarse en una petición de tutela judicial que, sin poner en cuestión la cosa juzgada precedente, ofrezca una mitigación definitiva y efectiva a un perjuicio sufrido carente de fundamento o causa suficiente.

---

(312) Como tienden a hacer los procesalistas, en mayor o menor medida, imbuidos del prejuicio de que el proceso agota toda la realidad jurídica.

