

REFLEXIONES EN TORNO A LA FUERZA DE COSA JUZGADA EN LA SENTENCIA DICTADA EN CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

M.^a DEL CARMEN BLASCO SOTO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOTAS SOBRE LA COSA JUZGADA Y SUS LÍMITES: 1. *Límites subjetivos*. 2. *Límites objetivos*.—III. SENTENCIAS DESESTIMATORIAS: 1. *Función negativa de la cosa juzgada material*. 2. *Función positiva de la cosa juzgada material*.—IV. SENTENCIAS ESTIMATORIAS: 1. *Función negativa de la cosa juzgada material*. 2. *Función positiva de la cosa juzgada material*.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

Reflexionar sobre la cosa juzgada y su eficacia en el proceso constitucional es una pretensión demasiado ambiciosa que obliga a una delimitación previa del propósito de este trabajo, que no es más que destacar ciertos elementos particulares, que en modo alguno son accidentales, respecto a la decisión constitucional y el efecto de cosa juzgada. Particularidades que tienen su causa principalmente en la complejidad del proceso constitucional e, indirectamente, en los distintos tipos de sentencias que se están creando.

El tratamiento de la cosa juzgada en la sentencia constitucional es complejo y más cuando se advierte, de un lado, que no opera en este ámbito jurisdiccional con plenitud, y de otro, que no es una simple regla técnica de la que pueda prescindirse, ya que se ubica como línea medular de referencia indiscutible para definir y comprender los conceptos de jurisdicción, proceso y sentencia. La irrevocabilidad se introduce como la nota distintiva y esencial de la función jurisdiccional (1). Sin embargo, como hemos adelantado, este institu-

(1) Véase, como exponente clásico de la relación entre jurisdicción y cosa juzgada, MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ: *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pág. 60. En su

to no tiene, en la jurisdicción constitucional, la misma trascendencia y aplicabilidad que en la ordinaria; opera plenamente la cosa juzgada formal y muy limitadamente la material. Pese a que somos conscientes de que con este planteamiento se desvirtúa, aparentemente, uno de los principios «intocables» del Derecho procesal (expresado en que la cosa juzgada es el efecto indiscutible del proceso como manifestación o «derivación necesaria» de la actividad jurisdiccional) (2), nos parece precipitado concluir que la ausencia de este instituto despoja de jurisdiccionalidad al Tribunal Constitucional y al proceso constitucional de su naturaleza de proceso (3). Existen aspectos jurídico-materiales, y no sólo procesales, que impiden trasplantar a la jurisdicción constitucional la plenitud de la cosa juzgada intrínseca en la ordinaria.

El primer argumento, quizá tautológico, desarrolla la idea de que el proceso constitucional no se define sólo acudiendo a los conceptos clásicos de litigio, acción y pretensión. La valoración de la discordancia entre Ley-Constitución excede de lo que propiamente se entiende por función jurisdiccional (4),

genérica concepción, la cosa juzgada es uno de los efectos que el proceso produce, efecto de índole estrictamente jurídica, es la fuerza que el ordenamiento jurídico concede no tanto a la sentencia como al proceso, en suma, al resultado de la actividad jurisdiccional; al respecto, JUAN MONTERO AROCA: *Derecho jurisdiccional*, tomo II, Barcelona, 1995, con MANUEL ORTELLS RAMOS y JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, pág. 434. Si, genéricamente, la cosa juzgada se define por la irrevocabilidad, esta característica constituye una nota esencial de la jurisdicción; es el elemento diferenciador importante —si no el fundamental para muchos— de la misma.

(2) Véase, sólo como ejemplo, JAMES GOLDSCHMIDT: *Teoría general del proceso*, Madrid, 1936, págs. 39 y s. gs.; JAIME GUASP: *Los límites temporales de la cosa juzgada*, Madrid, 1948, págs. 9 y 12.

(3) VEZIO CISAFULLI («Le funzioni delle Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive», en *Riv. Dir. Proc.*, 1966, pág. 226) se expresa en los mismos términos: «Para los que consideran que la función jurisdiccional se caracteriza exclusivamente por la existencia de la cosa juzgada, se debería concluir que la función del Tribunal en el control de constitucionalidad no es jurisdiccional... Pero sería una conclusión prematura... los peculiares caracteres del objeto del juicio del Tribunal, consiste en un acto general o en una norma, en cuyas confrontaciones no existen partes, haciendo artificioso el recurso a los criterios del art. 2.909 del Cod. Civ.» No hay que olvidar que la jurisdicción se configura por otros elementos, si bien la «irrevocabilidad» es la nota distintiva, no es la única e incluso está dejando de ser el elemento definitorio de la potestad jurisdiccional. Véase ERNESTO PEDRAZ PENALVA: «De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano», en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, págs. 43 y sigs.

(4) No se caracteriza la jurisdicción constitucional por la resolución de un conflicto de intereses donde la pretensión de una parte es resistida por otra. Véase VICENTE GIMENO SENDRA: *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 100: «Con todo, ni el Tribunal Constitucional asume las referidas funciones en la misma forma y grado que los Tribunales ordinarios ni su actividad se agota con el cumplimiento de las mismas... Tampoco se le ha oculto a un sector

por lo que se exigen muchas cautelas a la hora de asumir plenamente el aparato conceptual de la cosa juzgada a la sentencia constitucional.

Un aspecto que caracteriza sobremanera a la jurisdicción constitucional es la actividad que desarrolla el Alto Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC). La autoridad de cosa juzgada conexas con la función de intérprete de la Primera norma crea disfunciones muy graves (5), hace que su jurisprudencia quede «petrificada». Cuanto más frecuente y efectiva es la aplicación de la Constitución, más perfecta es su interpretación y plena la realización de sus principios; esto permite comprender que lo que en un momento se ha interpretado como conforme a la Primera norma, con posterioridad se estime en contra de la misma. Así lo advierte García de Enterría cuando afirma que «no puede aplicarse a la sentencia absolutoria la técnica de la fuerza de cosa juzgada, sino la de interpretación de la Ley, materia en la cual nunca una sentencia cierra el paso a otra ulterior que pueda interpretar la misma Ley de manera distinta...; el cierre formal de la evolución de la jurisprudencia es sumamente grave, y de prevalecer implicaría una eliminación gratuita y absurda de las mejores posibilidades de un Tribunal Constitucional adaptando un texto constitucional a circunstancias y situaciones inevitablemente variables» (6).

Si la jurisprudencia del Constitucional se encuadra estrictamente en este instituto, impidiendo que la misma pueda ser modificada, la Constitución perdería efectividad; el Tribunal Constitucional no enjuicia sólo la constitucionalidad o no de una ley, sino que también establece el contenido de la norma constitucional con la que se ha contrastado, sin que ello cuestione el carácter positivo de la Primera norma. La Constitución, en no pequeño grado, está comprendida por cláusulas generales y abiertas que deben interpretarse atendiendo a las necesidades de cada momento, que son las que dinamizan el ordenamiento. Este fin se consigue, de modo primordial, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya misión es concretar —gradualmente y de forma evolutiva—, las normas constitucionales, ya que la jurisprudencia

de la doctrina la existencia de una función política peculiar y exclusiva del Tribunal Constitucional, la cual se manifiesta fundamentalmente en las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad que, además de devolver la funcionalidad al ordenamiento, al eliminar de él sus preceptos inconstitucionales, cumple con una función correctora de los errores de los poderes normativos del Estado.»

(5) Por eso el artículo 164 de la Constitución se ha matizado en sus términos en relación con la LOTC. No incluye, sin más, la autoridad de cosa juzgada, sino que se distingue entre tipo de decisiones y de procesos.

(6) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 174.

constitucional actúa como «marco de interpretación del entorno» (7). La cosa juzgada puede obstaculizar la finalidad última y ordinaria (8) de esta función: la adecuación de la Constitución a la realidad cambiante. Si se admitieran con plenitud los efectos que produce la cosa juzgada, el Constitucional se vería irremediabilmente vinculado por su jurisprudencia, convertiría en auténtica y definitiva cada interpretación realizada (9), lo que contradice lo establecido en el artículo 13 LOTC. Se oscurecería también un aspecto esencial de este proceso: aquel que posibilita una actualización rápida de los principios y valores constitucionales en desarrollo (10), posibilidad respaldada en la limitación

(7) JUAN L. REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, págs. 11 y sigs.

(8) Ordinaria frente a la extraordinaria en que consiste la reforma de la Constitución.

(9) Para algunos la ley adoptaría un *status* de perenne constitucionalidad; así, GUSTAVO ZAGREBELSKY: *La giustizia Costituzionale*, Turín, 1988, pág. 187; en parecidos términos, MAURO CAPPELLETTI: «Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata», en *Riv. Dir. Pro.*, 1956. Lo que ocurre es que la petrificación de la ley es menos grave: la ley puede en cualquier caso derogarse, cambiarse o modificarse por los cauces ordinarios, cauces que en el caso de la interpretación constitucional consisten en la necesaria revisión por parte del mismo órgano. Que la ley adquiera cierto grado de irrevocabilidad, es lógico e incluso deseable, pero que ocurra lo mismo con la interpretación constitucional parece más peligroso. Valga, como ejemplo, la vicisitud constitucional del diverso tratamiento que el código penal italiano realizaba del adulterio de la mujer frente al adulterio masculino, sancionado aquél más gravemente. En un primer momento, el Constitucional italiano no considera inconstitucional la severa disciplina penal del adulterio de la mujer, fundándose no en el principio de igualdad, sino en los límites «puestos para la garantía de la unidad familiar» (STC italiano 64/1961). Se estima que la ruptura de la unidad familiar es más grave si adultera la mujer, ya que constituye el pilar básico de la familia. En la sentencia 147/1969 modifica radicalmente su jurisprudencia y declara la norma inconstitucional porque la misma no tiende a garantizar la unidad familiar, sino un privilegio «asegurado al marido que, como todos los privilegios, viola el principio de igualdad consagrado en la Constitución». Que en la primera sentencia la norma quede asegurada y adquiera conformidad constitucional es, desde luego, paradójico, pero la misma puede ser en cualquier caso cambiada o modificada por el legislador. Mucho más grave es que la interpretación realizada no pudiera modificarse (por el efecto de cosa juzgada) ya que a través de ella pueden consolidarse no sólo desigualdades respecto al adulterio, sino también respecto a cualquier ruptura de la unidad familiar por parte de la mujer, por ejemplo mayores impedimentos a la mujer frente a la separación, etc. Por eso no estamos de acuerdo con los que estiman que la sentencia desestimatoria unida con la cosa juzgada dota a la norma de la misma rigidez que tiene la Constitución; en este sentido, ENCARNACIÓN MARIN PARGO: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, 1990, págs. 312 y s.g.

(10) No se puede obviar que la cuestión de inconstitucionalidad es el medio idóneo a través del cual se adecúa el ordenamiento jurídico a la estructura constitucional. Permite que una ley se acomode al ordenamiento jurídico y que se integre armónicamente en él, sin perjuicio de que sólo posteriormente pueda apreciarse su inconstitucionalidad. Este proceso, a diferencia de los restantes, no es un remedio inmediato y preclusivo para solucionar los conflictos de inconstitucionalidad, ya que se carece de limitación temporal para suscitar la inconstitucionalidad de las normas.

temporal para acudir al Constitucional. Mediante este proceso se pueden plantear cuestiones que nunca hubieran llegado al Constitucional por medio del recurso de inconstitucionalidad, bien por falta de dimensión política de la situación, bien por razones de oportunidad. Pero además permite que leyes que en un inicio fueron consideradas conformes a la Constitución, ulteriormente, por la propia evolución de los principios constitucionales, su conformidad a la norma no sea tan clara (es el caso de la inconstitucionalidad sobrevenida de normas posconstitucionales). Este proceso «actualiza» el ordenamiento jurídico; es el órgano jurisdiccional el que en virtud de una nueva situación decide si los «estándares» a partir de los cuales se realizó la interpretación de una norma constitucional deben ser ampliados o abiertos, de manera que cabe replantear la constitucionalidad de determinadas normas que, quizá, ya fueron objeto de control. Es lo que se ha denominado «la ductilidad alcanzada por el juicio constitucional», maleabilidad referida a la progresiva realización de valores que la jurisdicción constitucional tiende a realizar.

Si se defiende la presencia del efecto de cosa juzgada para las sentencias desestimatorias, quedaría de algún modo «petrificada» la Primera norma (11) y el Tribunal Constitucional rígidamente vinculado a sus precedentes (12). Rubio-Aragón han ofrecido un valioso comentario sobre la importancia de esta actividad de la jurisdicción constitucional: «Interpretar la Constitución (función esencial del Tribunal Constitucional) significa, entre otras cosas, adaptar el sentido de sus preceptos a “la realidad social del tiempo en que han de ser

(11) Sobre la doctrina del precedente en Europa y los tribunales Constitucionales, véanse HANS RUPP: «Il valore dei precedenti nella giurisprudenza costituzionale tedesca», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Turín, 1971, págs. 83 y sigs., esp. págs. 108 y sigs.: «El Tribunal Constitucional Federal alemán no está vinculado a la regla de sus precedentes decisiones, puede renunciar a la propia concepción jurídica expresada en una sentencia anterior, aun cuando ella fuera determinante para decidir la causa... Si la legitimidad constitucional de una ley ha sido reconocida por el Tribunal, ante una nueva demanda se podría declarar nula»; GIUSEPPINO TREVES: «Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Turín, 1971, págs. 3 y sigs., para quien «el precedente no se puede admitir en nuestro Derecho constitucional si se entiende como exigencia práctica que impide la evolución progresiva del ordenamiento constitucional, el mismo no es, desde luego, aplicable en relación con las sentencias desestimatorias»; MARTIN KRIELE: «Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano», en *La sentenza in Europa metodo tecnica e stile* (Atti del convegno internazionale per la inaugurazione della nuova sede della facoltà), Padua, 1988, págs. 515 y sigs.; LUIS LÓPEZ GUERRA: «El Tribunal Constitucional y el principio de *stare decisis*», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II., págs. 1433 y sigs.

(12) En estos términos se formula el voto particular a la sentencia 88/1989, de 11 de mayo, de RUBIO LLORENTE: «En el fondo del razonamiento seguido por la mayoría parece latir, en efecto, la vaga idea de que, habiéndonos ya pronunciado (SSTC 72/1983 y 44/1984) sobre la com-

aplicados” (exigencia general prevista en nuestro Código Civil, art. 3.1), y esa adaptación, que es una verdadera “recreación” constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete, la realiza el Tribunal si tiene la facultad (absolutamente necesaria) de revisar su propia doctrina. Si ello se le niega, se distorsiona, evidentemente, el genuino carácter de la jurisdicción constitucional, se contradice la finalidad propia de esa institución y se eliminan uno de los elementos que, con mayor fortuna, suele coadyuvar a la permanencia de las Constituciones y a la evitación de sus excesivas reformas» (13). Por estos y otros aspectos, De la Oliva (14) destaca que la interpretación de un precepto jurídico-positivo, comporta una serie de efectos, si bien éstos no son los de eficacia de cosa juzgada de la sentencia que se trate.

II. NOTAS SOBRE LA COSA JUZGADA Y SUS LÍMITES

Partiendo de las reglas y principios estrictos de la cosa juzgada tampoco es aplicable esta institución al proceso constitucional. Existen muchas contradicciones de carácter conceptual que impiden cohesionar este instituto y los límites precisos que le encuadran (identidad de sujetos, objeto y causa, art. 1.252 Cc) (15). Ello se advierte cuando se estudia de manera separada la influencia de la cosa juzgada en la sentencia estimatoria y en la desestimatoria.

petencia del País Vasco en materia de cooperativas, nada nuevo podemos decir sobre el tema. Ni la premisa es correcta ni la conclusión sería válida. Ni nuestros anteriores pronunciamientos se refieren a casos idénticos al presente, por lo que no cabe apelar a la fuerza de cosa juzgada, ni la eficacia general de aquellas de nuestras sentencias “que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho” (art. 164.1 CE); es eficacia frente a este mismo Tribunal que, de otro modo, se vería rígidamente vinculado al precedente». Véase, en el mismo sentido, sentencia 123/1988, de 23 de junio.

(13) FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MANUEL ARAGÓN REYES: «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución española de 1978*, estudios sistemáticos dirigidos por los profesores ALBERTO PREDIERI y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, pág. 836.

(14) ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, pág. 27.

(15) SOMOS conscientes de que estos impedimentos se salvan si se parte de una teoría material, y no técnico-procesal, de la cosa juzgada que aborda el tema de los límites con contradicciones muy grandes. La esencia de esta teoría está en aceptar el efecto directo que la sentencia produce en las relaciones jurídico materiales: «No es necesario idear, para vincular al juez de cualquier proceso ulterior, ningún sometimiento especial. Cualquier juez tendrá que atenerse a la declaración de la sentencia firme anterior por la sencilla razón de que los vínculos jurídicos entre las partes son como la sentencia los declara» (EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1979, págs. 432 y sigs.). Esta teoría material aplicada a la sentencia constitucional no tiene los inconvenientes que se producen en la jurisdicción ordinaria, que son la incompatibilidad de la misma con los límites subjetivos de la cosa juzgada. En la sentencia constitucional esta

El aparato conceptual de cosa juzgada se apoya, genéricamente, en la noción de irrevocabilidad o inalterabilidad de lo fallado. Autoridad que se deslinda en dos aspectos:

1.º *Cosa juzgada formal*. Define la inatacabilidad de la sentencia con referencia al mismo proceso. Así, cosa juzgada, inimpugnabilidad y firmeza son sinónimos. Se aprecia el valor formal de la cosa juzgada cuando contra una sentencia no cabe interponer recurso alguno; precluye toda posibilidad de que la misma pueda ser modificada, lo que se traduce en la imposibilidad procesal de que el resultado plasmado en la resolución del litigio sea directamente atacado (16). Es, por tanto, un efecto interno de la sentencia que indica la terminación del proceso. Desde este punto de vista, la sentencia constitucional sí produce efecto de cosa juzgada. Es firme desde el momento en que es dictada sin que pueda ser recurrida (17). Sólo dentro de estos límites debe entenderse perfectamente aplicable el artículo 164 CE.

2.º De la inimpugnabilidad o firmeza de la sentencia arranca un «efecto externo» al proceso: la llamada *cosa juzgada material*. Se define como el efecto propio de algunas resoluciones firmes consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos) respecto del contenido de esas resoluciones (de ordinario sentencias) (18); es, por tanto, la autoridad que pro-

incompatibilidad no se plantea porque la sentencia tiene eficacia *erga omnes*, lo que hace que este problema se diluya. Pero a pesar de ello no se puede partir de la naturaleza jurídico-material para entender la cosa juzgada, ya que ello supondría retroceder en el estudio científico de este instituto.

(16) Se ha discutido si este término de cosa juzgada para definir el efecto formal no debe suprimirse en parte porque en relación con la material se aprecia que son fenómenos totalmente distintos y conceptos perfectamente distinguibles. Guasp, propone, a tal efecto, que se sustituya la expresión de cosa juzgada formal por la de firmeza del fallo (JAIME GUASP DELGADO: *Los límites...*, cit., pág. 7). A favor de la distinción conceptual y, por tanto, de la autonomía de ambos, DE LA OLIVA: *op. cit.*, págs. 19 y sigs.

(17) Excluyendo de esta posibilidad al recurso de amparo, donde el problema de la firmeza se plantea desde otras perspectivas al permitirse a las partes acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase, sólo como ejemplo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegué y Jabardo contra España* (caso Bultó). Sobre la vicisitud procesal de este caso, véase ANA SALADO OSUNA: «Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC de 16 de diciembre de 1991)», en *Revista Jurídica la Ley*, 1992, págs. 1 y sigs.; ALBERTO SORIA: «La problemática ejecución de las sentencias del TEDH», en *REDC*, 1992, págs. 313 y sigs. Sobre la vulneración de la cosa juzgada en que la sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, pudo incurrir, véase el voto particular, apartado 5, que realizó el magistrado GIMENO SENDRA.

(18) ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *Sobre la...*, cit., pág. 23; MIGUEL FENECH NAVARRO: *Derecho Procesal Penal*, II, Barcelona, 1960, pág. 1173.

duce la decisión fuera del concreto proceso en que se desarrolla. Esta función es la que en rigor es denominada por la doctrina mayoritaria «cosa juzgada» (19). Se define como la exclusión de la posibilidad de tratar en otro proceso la cuestión ya resuelta y devenida firme. La cosa juzgada material no se traduce únicamente en una mera repercusión negativa del fallo (es decir, no otro proceso sobre la misma materia), sino también positiva, de ahí que se hable del doble efecto o función de la cosa juzgada material.

a) *El efecto negativo o preclusivo*. Es la imposibilidad de un nuevo proceso sobre la misma cuestión, expresada con el aforismo latino de *ne bis in idem*, y se traduce en la exclusión de un nuevo proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto. Pretende evitar que se produzca un nuevo fallo sobre el fondo, resolviendo —a lo sumo— con la absolución en la instancia. No se trata ya de que un tribunal posterior deba tener por verdad lo juzgado y deba fallar en idéntico sentido, sino que ni siquiera podrá emitir su fallo. La función negativa de la cosa juzgada sólo puede hacerse valer como medio de defensa, introduciéndose como una excepción por el demandado (calificada de perentoria por el art. 544.2 LEC), en la que se alega la imposibilidad en que se halla el juzgador de conocer sobre la pretensión resuelta con anterioridad por sentencia firme.

b) *La función positiva o prejudicial*. Consiste en la imposibilidad de que en un nuevo proceso se decida de modo contrario. Se delimita en la prohibición de dictar dos resoluciones distintas o contradictorias sobre un mismo objeto procesal. Es la vinculación a la que se halla sometido el tribunal que conoce de un proceso posterior de emitir un fallo idéntico al dictado en el primer proceso, es decir, de resolver el objeto del proceso de modo igual a aquel en que fue resuelto por un tribunal anterior. La función positiva de la cosa juzgada puede ser alegada lo mismo por el actor como medio de ataque que por el demandado como medio de defensa, e incluso se estima por alguna resolución del Tribunal Supremo (STS 27 de octubre de 1944) que la función positiva de la cosa juzgada puede ser apreciada de oficio.

El verdadero valor de la función positiva de la cosa juzgada se manifiesta cuando se ha obtenido una declaración que luego servirá como medio de ataque o de defensa en otro proceso, en el que la primera resolución deberá ser tenida como prejudicial. Esto pone de relieve la interna relación entre prejudicialidad y función positiva de la cosa juzgada.

(19) MIGUEL FENECH NAVARRO: *op. cit.*; JAIME CUASP DELGADO: *Los límites...*, cit. pág. 7; EMILIO GÓMEZ ORFANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho procesal...*, c. t.

En definitiva, lo que manifiestan las dos funciones de la cosa juzgada material es la vinculación en otro proceso de lo fallado anteriormente: la negativa impide la discusión de fondo, la positiva las sentencias contradictorias.

No obstante, tiene gran importancia antes de estudiar los efectos en las distintas sentencias (estimativa/desestimativa) conocer los límites que permiten que el efecto de cosa juzgada pueda producirse. La cosa juzgada, desde el punto de vista técnico procesal, comporta no cualquier efecto, sino una «concreta y determinada eficacia jurídica... No es de justicia natural que todas las decisiones sobre el fondo del asunto hayan de tener, una vez firmes, fuerza de cosa juzgada material» (20). El tratamiento desde la técnica procesal debe evitar el peligro de utilizar conceptos precisos indiscriminadamente. Así, pues, con el fin de no confundir realidades diferentes, es preciso conocer su concreto ámbito de eficacia para no convertir en inútil, por impreciso, este instituto.

Ahora bien, al ser el tema de los límites abierto e influido por la legislación positiva (21), nos ceñiremos a la aplicación de los mismos al proceso constitucional.

1. Límites subjetivos

En la sentencia constitucional no es posible que concorra la identidad entre las personas de los litigantes. Pese a que se ha intentado deslindar el efecto de cosa juzgada y el efecto *erga omnes*, ya a nadie se le escapa que la eficacia general absorbe los límites subjetivos de la cosa juzgada. La eficacia *erga omnes* trasciende de la simple delimitación subjetiva de la cosa juzgada, es más que la simple destrucción del ámbito de eficacia de este instituto. La extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada provoca un efecto directo que diluye el de cosa juzgada y lo transforma: es el efecto vinculante. Vinculación que no sustituye, pero tampoco se identifica, con la autoridad de la cosa juzgada material (22).

El problema básico deriva del planteamiento erróneo en el estudio de los

(20) DE LA OLIVA: *op. cit.*, pág. 38.

(21) *Ibidem*, pág. 44.

(22) Véase MAUNZ, en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ÜLSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, marzo 1992, núm. marginal 15 al comentario del párrafo 31, págs. 14 y 15: «Determinados elementos del efecto vinculante (*Bindungswirkung*) no están contenidos ni en la cosa juzgada formal ni en la material... La cosa juzgada formal, la cosa juzgada material y

efectos de cosa juzgada y eficacia general realizado de manera independiente. Así, se intentan circunscribir los límites subjetivos de la cosa juzgada (STC 191/1990) cuando en realidad los efectos *erga omnes* tienden a destruir la identidad subjetiva de este instituto (23).

La solución teórica, sin embargo, es fácil. La identidad de sujetos en el supuesto de que existiera cosa juzgada material en las sentencias desestimatorias no puede, en ningún caso, alegarse, ya que en virtud de los efectos *erga omnes* (24) los límites subjetivos de la cosa juzgada desaparecen. No es posible exigir identidad física y jurídica (límite subjetivo) cuando la eficacia *erga omnes* precisamente a lo que tiende es a vincular frente a todos sin necesidad —porque se destruye— de que concurren estas identidades. Si se entiende que la sentencia, como cosa juzgada, se limita a las partes del proceso, es decir, al objeto del *giudicato* —limitado por ellas—, habrá de definirse a quién se alude en la práctica con concepto de parte: al juez, en primera o segunda instancia, al mismo juez en otro proceso... Si, por el contrario, con la identidad de personas se está refiriendo a que la sentencia, como cualquier hecho de la vida, influye en las situaciones jurídicas de terceras personas, o sea, al efecto del *giudicato*, habrá de determinarse quiénes son esos terceros. En definitiva, la eficacia general rompe los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Tradicionalmente, la eficacia de la sentencia «frente a todos» se fundamenta en razón del objeto o del interés público de lo fallado. Nadie —esté o no relacionado (física o jurídicamente) con lo debatido en el juicio— puede modificar o discutir de nuevo lo declarado. La consecuencia inmediata de los efectos *erga omnes* es la de hacer desaparecer los límites subjetivos de la cosa juzgada. Así, se ha dicho acertadamente que los efectos *erga omnes* que la sentencia de inconstitucionalidad estimatoria produce absorben y trascienden, al

el efecto vinculante se encuentran en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, unos al lado de los otros (*Kumulativ*), ningún efecto es idéntico a los otros y ninguno de ellos elimina a los demás.»

(23) Véase RAÚL BOCANEGRA SIERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1892, que trabaja sobre estos dos aspectos de la sentencia, entiende que la cosa juzgada tiene unos límites subjetivos que tienen validez cuando no operan los efectos *erga omnes*, es decir, cuando la sentencia es desestimatoria de la inconstitucionalidad de la ley. No estamos de acuerdo con esta postura.

(24) Como dice FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constituye al como forma de creación del Derecho», en *REDC* (1988), pág. 13, cuando las decisiones implican un procedimiento sobre la invalidez de una norma de carácter general parece surgir una contradicción entre la limitación propia de la *res iudicata* y la eficacia *erga omnes*.

menos a los fines prácticos, toda cuestión sobre los efectos de cosa juzgada (Crisafulli) (25).

Que la sentencia constitucional tenga reconocida esta eficacia (sólo para las estimatorias) (26), está plenamente justificado en el objeto del proceso: la validez de la norma. Norma que goza de la generalidad tanto en su creación como en su desaparición. La declaración de inconstitucionalidad elimina una norma del ordenamiento jurídico y esa eliminación no puede, de ningún modo, circunscribirse a las *partes* del proceso. La teoría de la jurisdicción constitucional de Kelsen se justifica en estos principios: la anulación de la ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley, pues la anulación no es más que promulgación precedida del signo negativo.

2. Límites objetivos

Precisar qué debe considerarse juzgado en la decisión constitucional es tarea muy difícil teniendo en cuenta el objeto del proceso. Circunscribir la decisión constitucional sobre lo juzgado es arduo por la propia imprecisión de los límites objetivos del objeto del proceso y por la necesaria identificación de los primeros con la *causa petendi*: la Constitución.

La complejidad ha permitido, en algunos casos, auténticos artificios que intentan cohonestar la cosa juzgada con la posibilidad de volver a plantear cuestiones anteriormente resueltas. Así, Rupp (27) estima que efectivamente se produce el efecto de cosa juzgada en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán, a la vez que considera que también se puede plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad sobre una ley cuya constitucionalidad ya ha sido resuelta por el órgano constitucional, y para ello utiliza los siguientes argumentos: «La cosa juzgada material opera sólo en relación a los mismos sujetos. Ella, además, opera sólo con referencia al mismo objeto de la controversia, que no puede ser *idéntico* a la cuestión jurídica ya resuelta. Para el recurrente no precluye la posibilidad de proponer al Tribunal Constitucional federal la misma cuestión jurídica, renovada en otra causa.»

Debe advertirse, en primer lugar, que la ausencia de límites subjetivos com-

(25) VEZIO CRISAFULLI: «Le funzioni...», cit., pág. 226.

(26) Ya hemos hecho referencia este aspecto; véase, por todos, FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción...», cit., págs. 24 y sigs. Trata todos los problemas de la eficacia *erga omnes*, de las interpretativas, etc.

(27) HANS RUPP: «Il valore...», cit., pág. 94.

porta, frecuentemente, un objeto completamente distinto. Cambio de objeto que además puede realizar el propio Tribunal Constitucional, aunque inicialmente coincida con el ya resuelto (extensión del *petitum*, art. 39.1 y de la *causa petendi*, art. 39.2 de la LOTC) (28).

En segundo lugar, hay que determinar qué se entiende por identidad objetiva: sólo el *petitum* (ley o norma con fuerza de ley cuestionada) y la *causa petendi* (precepto constitucional que se supone infringido), o también se encuadra en los límites objetivos la interpretación que de la ley hace el juez *a quo*, ya que se entiende que, en virtud de esa interpretación, se circunscribe la duda del juez, y si se responde con otra, quizá más cualificada pero alejada de ella, se desvirtuaría lo que propiamente es el objeto del control (29). En definitiva, se puede cuestionar que el objeto de lo juzgado se limite a los aspectos tradicionales que encuadran este instituto y que las argumentaciones jurídicas, que se entienden cualificadas, que realiza el juez proponente, también delimitan el objeto de la decisión.

Sin poder profundizar en estos aspectos, siendo, por tanto, conscientes de los peligros de las generalizaciones, sí nos parece necesario destacar algunas peculiaridades.

Respecto al *petitum*, la ley o norma con fuerza de ley, la dificultad de la precisión de qué debe entenderse juzgado para impedir otro proceso posterior radica en su naturaleza dinámica. Durante su vigencia, la norma se reconstruye en el contexto sistemático; de ella no nace la exigencia de su cambio, pero la misma existe en la medida en que los intereses por ella tutelados se modifican (30); de ahí que no sea siempre posible identificar exactamente norma legal y enunciado de la ley. De igual manera, se entiende por un amplio sector doctrinal (31) que el objeto del proceso puede variar en virtud del elemento tiempo. Se inscriben esta postura aquellos que distinguen entre norma y dis-

(28) Los problemas que la interpretación de esta norma suscita son muchos, pero, se gún ha declarado el Tribunal Constitucional, es norma aplicable en la cuestión de inconstitucionalidad; vid. 27/1985, de 26 de febrero, en la que AROZAMENA SIERRA formula voto particular en contra de la ampliación realizada por el TC alegando el art. 39.1 LOTC 113/1989, de 22 de junio, y 159/1991, de 18 de julio.

(29) Véase STC 83/83, de 21 de octubre (véase su posible contradicción en cuanto a la delimitación del objeto con la 113/89, ya citada), y 37/86, 20 de marzo.

(30) Estos aspectos justifican el instituto de la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes posconstitucionales, sentencias que no requieren en su estructura procesal una decisión anterior cesestimatoria, pero que, desde el punto de vista práctico, lo reclaman. Esta inconstitucionalidad sobrevenida de leyes posteriores acredita el nuevo examen en los cambios de la situación social, cambio que se entiende modifica la ley y, por tanto, el objeto del proceso.

(31) Véase, por todos, FRANCO MODUGNO: «I criteri della distinzione diacronica tra norma e disposizioni in sede di giustizia costituzionale», en *Quaderni Costituzionali* (1989), págs. 49 y sigs.

posición no sólo desde un punto de vista sincrónico (de una disposición se pueden extraer varias normas), lo que es comúnmente reconocido por la literatura (32), sino también desde un punto de vista diacrónico (de una disposición se pueden extraer tantas normas cuantos sean los momentos de su concreta aplicación). En este caso, el elemento tiempo se convierte en fundamento y principio del objeto del proceso constitucional, porque la norma es diversa según el momento de su aplicación (33).

Respecto a la *causa petendi*, son similares los problemas de su delimitación. Como indica Jiménez Campo, «se admite que con relativa frecuencia (casi en uno de cada cinco casos resueltos por el TC) el control de constitucionalidad se debe llevar a cabo no sólo por contraste directo con la Constitución, sino tomando también como medida de la validez de la ley otra ley» (34). La complejidad de nuestro sistema de fuentes permite que la identificación del precepto constitucional que se entiende infringido no sea siempre la simple referencia a un precepto de la Constitución.

Enunciados los problemas, nos parece necesario a los fines expositivos mostrar sumariamente los resultados alcanzados en el estudio, aunque ello signifique adelantarse a conclusiones finales todavía no argumentadas.

1.º Respecto a la *cosa juzgada formal*, impropia entendida como tal, se advierte su virtualidad plena en el proceso constitucional tanto para las sentencias estimatorias como desestimatorias. A este efecto, se reduce lo preceptuado en el artículo 164 de la Constitución. A partir de la LOTC empezó a advertirse, tanto doctrinal (35) como jurisprudencialmente (STC 4/1981), que la referencia genérica del precepto constitucional debería ser matizada en virtud de lo regulado en los artículos 29.2 LOTC y 38.1 y 2 del mismo cuerpo legal (36).

(32) Es admitido que el juicio de constitucionalidad puede recaer sobre la disposición o la norma indistintamente. La disposición, como enunciado, puede ser perfectamente constitucional, pero de ella pueden extraerse diversas interpretaciones (normas), algunas contrarias al texto constitucional. Véase FRANCISCO RUBIO LORENTE: «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional», en *REDC* (1982), pág. 52.

(33) Nos parece demasiado ficticia la escisión de la disposición en normas en virtud de un criterio diacrónico, ya que en última instancia se hace irreconocible el material normativo efectivamente existente, lo que atenta, como mínimo, contra la seguridad jurídica. Lo único que se intenta destacar, sin estar de acuerdo con todas las posturas planteadas, es el estado de la cuestión y la polémica que el mismo suscita. Véase, por todos, FRANCO MODUGNO: *op. cit.*, págs. 37 y sigs.

(34) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992, págs. 30 y sigs.

(35) Véase PEDRO ELIZALDE Y AIMERICH: «El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. I, págs. 866 y sigs.

(36) No nos parece oportuno entrar a conocer de la incompatibilidad entre los preceptos. Reconocido por la doctrina su escaso acierto, y comparado con el art. 164, deben matizarse y lo mismo ha hecho el Tribunal constitucional, 4/1981, de 2 de febrero.

2.º Respecto a la *cosa juzgada material* y su doble función, positiva y negativa, es necesario, para advertir su operatividad, distinguir entre las sentencias estimatorias y desestimatorias.

a) En la *sentencia desestimatoria* no opera ninguna de las dos funciones.

b) En las *sentencias estimatorias*, la situación es diferente. Se advierte la imposibilidad de aplicar la función negativa de la cosa juzgada material. La positiva actúa limitadamente en algunos casos y sólo respecto al Tribunal Constitucional.

Prescindiendo de la cosa juzgada formal, el paso siguiente es fundamentar el esquema expuesto.

III. SENTENCIAS DESESTIMATORIAS

1. *Función negativa de la cosa juzgada material*

Si la decisión desestima la cuestión de inconstitucionalidad, el resultado de la irrevocabilidad que caracteriza a la cosa juzgada no se producirá (37). En concreto, no operará la función negativa. Es indiscutible que se podrá plantear otra cuestión de inconstitucionalidad. Se destruye la esencia de la cosa juzgada que es la irrevocabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal (38), en concreto, el fundamento de la cosa juzgada material, que consiste en que ningún nuevo proceso se decida de modo distinto a como antes fue fallado. Técnicamente, la cosa juzgada se define y limita en la «indiscutibili-

(37) En este caso es indiferente que la desestimación sea por defecto de forma (no entra en el fondo del asunto) o desestimación de fondo; conociendo, considera que la ley es constitucional. El tratamiento del tema por la doctrina italiana ha sido siempre conjuntamente; no obstante, cada vez las diferencias son mayores. Los Tribunales Constitucionales muchas veces se apoyan en defectos procesales inexistentes para no entrar a conocer de la constitucionalidad de una ley porque su conocimiento llevaría irremediablemente a la escamación. La desestimatoria de fondo reafirma la presunción de constitucionalidad de la ley, hace difícil que los jueces vuelvan a plantearla, por lo menos en un plazo corto de tiempo, y siempre que, atendiendo a los motivos jurídicos, las circunstancias hayan cambiado, se inscribe aquí propiamente, el instituto de la inconstitucionalidad sobrevinida de leyes posteriores a la Constitución. Las interlocutorias, al no entrar en el fondo del asunto, dejan sin resolver la cuestión, permitiendo que el mismo juez vuelva a plantearla, y dejan abierto el debate sobre la constitucionalidad de la ley.

(38) JAIME GLASP DELGADO: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, pág. 553.

dad» de la existencia de la voluntad de la ley establecida en la sentencia, ya que resuelve una incertidumbre de manera «inmutable». Sin embargo, en la sentencia constitucional desestimatoria no hay «indiscutibilidad» e «irrevocabilidad», el único efecto que se produce es el «preclusivo» (39). Una vez recibida la sentencia desestimatoria, en el juicio en el que se originó la duda precluye toda posibilidad de volver a plantear la cuestión de constitucionalidad de la ley (40). Ahora bien, nada impide que el mismo juez (u otro), en un proceso diferente, eleve al Tribunal la misma cuestión de constitucionalidad de la ley (41). La única duda que doctrinalmente permanece es si dicha preclusión afecta a todo el proceso y sus sucesivas instancias (Morelli) o, por el contrario, sólo al juicio *a quo* (Pizzorusso) (42). En todo caso, cuando se plantee la misma cuestión de inconstitucionalidad, el acceso al Tribunal no está veda-

(39) Esta es la posición de la doctrina mayoritaria, sobre todo italiana: ALESSANDRO PIZZORUSSO: «Garanzie costituzionali», en *Comentario della costituzione*, Bologna, 1981, págs. 311 y sigs.; «Effetto di “giudicato” ed effetto di “precedente” delle sentenze della Corte Costituzionale», en *Giur. Cost.* (1966), págs. 1976 y sigs.; «¿“Verfassungsgerichtsbarkeit” o “judicial review of legislation”?», en *Il Foro Italiano* (1979); MAURO CAPPELLETTI: «Pronunce di rigetto...», cit., págs. 135 y sigs.; «Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale», en *Giur. Cost.*, págs. 581 y sigs.; «Effetti preclusivi nel processo civile delle pronunce costituzionale», en *Jus* (1958); LORENZA CARLASSARE: «Le “questioni inammissibili” e la loro riproposizioni», en *Giur. Cost.* (1984), págs. 758 y sigs.; RICARDO CHIEPPA: «Ancora sulla riproponibilità di questione di legittimità costituzionale e sulla omissione del previsto di riunione in luogo pubblico», en *Giur. Cost.* (1961), págs. 1059 y sigs.; CARLO ESPOSITO: «Autorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi *a quo*», en *Giur. Cost.* (1961), págs. 1218 y sigs.; ETTORE FAVARA: «¿“Res judicata” sulla costituzionalità delle leggi?», en *Il foro Padano*, vol. V (1950), págs. 171 y sigs.; ENRICO T. LIEBMAN: «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», en *Riv. Dir. Proc.* (1957), págs. 507 y sigs.; GAETANO AZZARITTI: «Il sindacato di costituzionalità delle leggi e gli effetti della pronuncia sulla costituzionalità delle leggi», en *Riv. dir. proc.* (1950), págs. 97 y sigs.; GIORGIO BALLADORE: «Effetti e natura delle sentenze della Corte Costituzionale», en *Riv. It. Dir. Proc.* (1965), págs. 161 y sigs.; MANLIO MAZZIOTTI: «Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale», en *Giur. Cost.* (1960), págs. 1100 y sigs.

(40) Del mismo modo que no se produce en las sentencias desestimatorias el efecto de cosa juzgada, tampoco se produce otro que está en íntima conexión con él, cual es el efecto *erga omnes*.

(41) El concepto procesal de preclusión se ha definido siempre en sentido negativo, pérdida de oportunidad por inacción. Véase LEONARDO PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1988, 4.ª ed. págs. 405 y sigs., y EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho procesal...*, cit., pág. 217. Sin embargo, aquí, utilizamos el término preclusión en sentido positivo: pérdida de oportunidad por haber actuado. Una vez que el juez ya ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad no la puede volver a plantear, siempre que sean referidos los términos de dicha preclusión al mismo proceso.

(42) Véase STC 6/1991, donde se admite que en otro grado, del mismo juicio, otra duda de constitucionalidad sobre el mismo precepto.

do por la autoridad de la cosa juzgada. En España se ha defendido también la existencia del efecto «preclusivo» en las sentencias desestimatorias (43).

2. *Función positiva de la cosa juzgada material*

El efecto o función positiva tampoco se producirá, ya que es posible el nuevo estudio de la cuestión para dictar, si cabe, una sentencia contraria o que modifique a la anterior. El nuevo planteamiento de la misma cuestión se apoya, precisamente, en el cambio o mutación de lo resuelto con anterioridad, pretensión que es totalmente contradictoria con el efecto positivo de la cosa juzgada.

Este es además el fundamento de la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes posteriores a la Constitución. Se justifica en que el vicio de la ley no tiene por qué ser originario; este tipo de inconstitucionalidad se corresponde no con el «ser», sino con el «devenir» de las normas, que, aun siendo legítimas en su origen, posteriormente colisionan con preceptos de la Constitución. Se entiende plenamente este tipo de decisiones cuando se admite que la relación entre ley y Constitución no es estática confrontación entre normas; por ello, lo que hoy no es incompatible con la Primera norma puede que mañana sí lo sea. Emergió en la jurisprudencia italiana (sentencia 137/1986); su fin era permitir una secuencia de sentencias, la primera desestimatoria, la segunda estimatoria, pero con la peculiaridad de que el objeto era idéntico en ambas. Para evitar la contradicción se argumentó que las desestimatorias no producían efecto de cosa juzgada, aunque sí el del precedente (44) (en rigor, efecto vinculante). Esta línea jurisprudencial ha sido seguida también en Alemania (45).

Otras diferencias, acaso de menor entidad, imposibilitan la asimilación del régimen jurídico de la cosa juzgada a la sentencia constitucional desestimatoria. Son las siguientes:

1) En la sentencia desestimatoria constitucional no opera la validez temporal ilimitada de los actos jurídicos, objeto de la sentencia (46). Las decisio-

(43) Véase, por todos, ENCARNACIÓN MARÍN PAREJO: *La cuestión...*, cit., págs. 326 y sigs.

(44) MARIO MORELLI: «Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui". Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento», en *Giur. Cost.* (1988), págs. 512 y sigs.

(45) Las causas por las que se produce este tipo de decisiones, su estructura procesal, etc., aunque son temas muy interesantes, exceden en mucho del objeto de este trabajo.

(46) HANS RUPP: «Il valore...», cit., págs. 94 y sig.

nes desestimatorias no declaran la constitucionalidad, lo que hacen propiamente es declarar «no fundada» la cuestión de inconstitucionalidad en relación a los parámetros invocados. La validez de una norma jurídica no deriva, exclusivamente, de un pronunciamiento jurisdiccional, sino de la conformidad de la norma a la Constitución. Esto no significa que la norma no goce de la presunción de legalidad —en este caso, si cabe, reforzada por la sentencia del Constitucional (47)—. Lo que significa es que la norma considerada conforme a la Constitución puede dejar de serlo más tarde; la historia nos ha mostrado ejemplos al respecto.

2) Tampoco se puede impedir que a otros jueces que duden de la constitucionalidad de la ley se les niegue el acceso al Tribunal Constitucional sólo porque, accidental e históricamente, otro juez lo hizo antes (48).

3) Por último, respecto al propio Tribunal Constitucional tampoco opera la cosa juzgada, sólo el efecto del precedente como límite a su futura actuación, ya que, como destaca López Guerra, si bien el Tribunal Constitucional seguirá generalmente sus propios precedentes, no se ve estrictamente vinculado por ellos en lo que se refiere a las sentencias desestimatorias de cuestión de inconstitucionalidad (49). Si modifica su jurisprudencia, lo único que se exige es que motive jurídicamente el cambio producido, es decir, que con ello refleje la evolución producida en el ordenamiento constitucional.

Esta posición es aceptada por un amplio sector de la literatura, especialmente la italiana. Calamandrei estima que sólo las decisiones de la Corte Constitucional que reconocen la ilegitimidad constitucional de una ley tienen la doble autoridad de cosa juzgada y efectos *erga omnes* (50); esta postura no fue, sin embargo, la inicialmente mantenida por el autor, quien necesariamente

(47) En este sentido, estima FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción...», cit., pág. 24, que la ley confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional no es más ley y mantiene la misma fuerza que antes de ser sometida al juicio tenía. Por estas razones no podemos estar de acuerdo con ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión...*, cit., págs. 312 y sig., que estima que la sentencia desestimatoria, unida con la cosa juzgada, dota a la norma de la misma rigidez que tiene la Constitución. Vid. nota 9 de este trabajo.

(48) NICOLA JAEGER: «Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale», en *Riv. dir. proc.* (1958, págs. 364 y sigs. Véase la sentencia 191/1990, de 29 de noviembre, que confirma, en el fundamento jurídico 1.º, la postura planteada: «Esta identidad de objeto y, en sustancia, de causa no permite, claro está, dada la diversidad de personas, entender que la pretensión que aquí se deduce ha sido ya resuelta, con fuerza de cosa juzgada, por la STC 189/1989, que, dado el sentido desestimatorio de su fallo, tampoco tiene eficacia *erga omnes*.»

(49) LUIS LÓPEZ GERRA: *op. cit.*, pág. 1452.

(50) PIERO CALAMANDREI: «Corte Constitucional y autoridad judicial», en *Derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, trad. de Santiago Sentis Melendo, vol. III, pág. 7.

tuvo que modificarla por las críticas y argumentos vertidos en su contra (51). En España (52) se alcanzan parecidas conclusiones por un sector muy cualificado de la literatura. Opinión que parece confirmada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que acogiendo, quizá de manera muy estricta, el concepto de identidad de causa, objeto y persona (53), hace difícil, por no decir imposible, que pueda darse este efecto en las sentencias desestimatorias por él dictadas (54). En este sentido, y respecto a la identidad de causa, es interesante la sentencia 6/1991, de 15 de enero, que resuelve otra vez sobre la constitucionalidad de la ley expropiatoria del grupo Rumasa. El abogado del Estado y el Ministerio Fiscal se oponen a la admisión de la cuestión porque el Constitucional ya se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley de nuevo planteada e incluso ha sido ya resuelta en el ámbito en que se vuelve a plantear; el Tribunal, por su parte, estima inadmisibile esta excepción, ya que «... no puede acogerse con tal eficacia una extensión analógica de la *res iudicata* porque ello sería precisamente contrario a los principios favorecedores del acceso a la decisión de fondo suscitado en los procesos constitucionales» (55).

(51) Principalmente fue GAETANO AZZARITTI: «Il sindacato...», cit., págs. 97 y sigs.

(52) Véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS R. FERNÁNDEZ: *Curso de...*, cit., pág. 158: una sentencia desestimatoria no puede justificar el cierre formal de un proceso posterior ante el Tribunal Constitucional (admite que pueda ser manifiestamente infundada por ser igual a otra, pero esta posibilidad ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional, auto 93/1991, de 12 de marzo); FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MANUEL ARAGÓN REYES: «La jurisdicción...», cit., págs. 834 y sigs.; ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión...*, cit., y XAVIER PIBERNAT DOMÉNECH: «La sentencia constitucional como fuente de derecho», en *RDP*, núm. 2- (1987), págs. 61 y sigs.; PEDRO ELIZALDE y AIMERICH: *op. cit.*; LUIS LÓPEZ GUERRA: *op. cit.*, pág. 1451 y sig.

(53) Sobre la confusión en este ámbito nos remitimos a lo señalado en los límites subjetivos, sólo apreciando que no tiene sentido profundizar más en unos límites que por la propia definición constitucional le están excluidos a la sentencia constitucional.

(54) Como hemos destacado, delimitar la aplicación de la cosa juzgada no puede, en modo alguno, ceñirse a lo establecido en el artículo 1.252 CC.

(55) Incluso sin atender a la cosa juzgada, se admita o se rechace, es evidente que el Tribunal Constitucional puede volver a conocer de la norma ya enjuiciada. Es claro el voto particular (CARLOS DE LA VEGA BENAYAS y VICENTE GIMENO SENDRA) a la sentencia 25/1991, de 14 de enero, resolutoria de un recurso de amparo contra una ley, en el que se solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 160 LGSS. El Tribunal Constitucional estima que la cuestión ha sido ya resuelta por la sentencia 184/1990: no apela a la cosa juzgada porque estamos ante un proceso distinto. En el mencionado voto particular se solicita como conclusión la siguiente: «En el fallo se debió, pues, estimar el recurso de amparo y someter otra vez al pleno la cuestión sobre la constitucionalidad del artículo 160 de la LGSS», es decir, se solicita pese a la identidad objetiva, que vuelva a plantearse, esta vez por el propio Tribunal Constitucional. La cuestión de inconstitucionalidad. En idéntico sentido, las sentencias 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de enero, todas ellas resolutorias de un recurso de amparo.

En realidad, exigir los límites de cosa juzgada para que opere este instituto en las sentencias desestimatorias del proceso constitucional pone de manifiesto su inoperancia (56).

Si se exige identidad de *causa petendi*, los motivos por los que se solicita de nuevo la declaración de inconstitucionalidad no deben ser iguales a los de la primera sentencia desestimatoria, requisito fácil de superar si tenemos en cuenta la amplitud del texto constitucional y la necesaria concordancia de su articulado, así como las distintas causas, por cambios de circunstancias, que pueden argumentarse. Si además se exige la identidad de sujetos (inadecuadamente, como hemos visto, porque el efecto *erga omnes* tiende a destruir los límites subjetivos de la cosa juzgada), la posibilidad de que este efecto se produzca es casi imposible. Así se reconoce de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que descarta el efecto *erga omnes* en las sentencias desestimatorias: «Esta identidad de objeto y, en sustancia, de causa no permite, claro está, dada la diversidad de personas, entender que la pretensión que aquí se deduce ha sido ya resuelta, con fuerza de cosa juzgada, por la STC 189/1989, que, dado el sentido desestimatorio de su fallo, tampoco tiene eficacia *erga omnes*» (sentencia 191/1990, de 29 de noviembre, FJ 1.º). Es evidente que si la sentencia desestimatoria no produce efectos «frente a todos» no se puede admitir el de cosa juzgada. Ciertamente, son efectos distintos (57), pero reconocer la eficacia de cosa juzgada sin la necesaria eficacia *erga omnes* crearía contradicciones insalvables en el sistema.

IV. SENTENCIAS ESTIMATORIAS

1. *Función negativa de la cosa juzgada material*

Respecto de la sentencia estimatoria, también se ha mantenido que es dudoso el efecto de cosa juzgada, puesto que lo que se produce es la desaparición

(56) Véase auto 93/1991, de 12 de marzo. Se plantea una cuestión de inconstitucionalidad con los mismos fundamentos y respecto a los mismos preceptos que varias acumuladas y que van a ser resueltas en breve, la cuestión se suscita el 5 de febrero de 1991 y la sentencia sobre la misma anteriormente planteada recae el 14 de febrero de 1991. Aunque en el auto de inadmisión no se habla de efectos impeditivos de cosa juzgada, el Tribunal hace alusión a este efecto parece que para negarlo en la cuestión de inconstitucionalidad. Así, dice: «... dado que la reiteración de procesos con el mismo objeto y por las mismas razones sólo está vedada en el caso de los recursos de inconstitucionalidad (art. 38.2 LOTC)...».

(57) Como ya advertimos cuando se habló de los límites subjetivos, el efecto *erga omnes* no se define sólo en la desaparición de estos límites de la cosa juzgada, es un instituto mucho más complejo.

de la ley del ordenamiento jurídico, con consecuencias similares a las de la derogación (58). Frente a la estimación, ¿la imposibilidad de plantear otra cuestión de inconstitucionalidad sobre qué se fundamenta: en el efecto negativo de cosa juzgada material o en la primacía de la Constitución? La ley ha desaparecido y los principios informadores del sistema de fuentes aconsejan como correcta la segunda postura. Aunque sólo sea por eliminación, la función negativa de la cosa juzgada no se produce. El Tribunal Constitucional rechazará la cuestión con el argumento de que la ley no existe; al decretarse su inconstitucionalidad ha desaparecido del ordenamiento jurídico (59); no tiene sentido aludir al efecto de cosa juzgada. Si se define la cosa juzgada como la indiscutibilidad de la existencia de la voluntad de la ley establecida en la sentencia que irrospilita toda cuestión futura, en la sentencia constitucional estimatoria esta posibilidad se desvanece si nos preguntamos: ¿qué juicios futuros? Cuando la ley no existe es difícil dudar de su constitucionalidad; actúa el principio *iuris novit curia*. En definitiva, como destaca López Guerra, «dada la existencia de una declaración expresa de inconstitucionalidad, no hay en este supuesto una relación entre juez ordinario y Tribunal Constitucional, sino únicamente entre juez y disposiciones aplicables al caso» (60). De hecho, cuando el Tribunal Constitucional inadmite cuestiones de inconstitucionalidad sobre preceptos ya declarados inconstitucionales, elude utilizar el concepto de cosa juzgada. Maneja términos como «falta de objeto» (ATC 75/1986), «radical y absoluta imposibilidad de aplicación de la norma declarada inconstitucional», «pérdida de objeto» (STC 153/1986).

Se ha argumentado, no obstante, que sería efectivo recurrir a la función negativa de la cosa juzgada en el caso de que el Parlamento, después de la declaración de inconstitucionalidad, elabore una ley igual a la esrimada inconstitucional (Costa) (61). También en estos supuestos es dudoso que prime el efecto de cosa juzgada material frente al más importante de primacía de la Constitución, que fundamenta su carácter normativo, supremo y de obligado cumplimiento; principio garantizado, entre otros, en el artículo 9.1 de la CE.

(58) No se pretende confundir los dos conceptos, ni tampoco la transposición es exacta y sólo se refiere a los efectos pro futuro. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional, así como el italiano, han conocido de la constitucionalidad de leyes ya derogadas, reclamando para sí esta competencia cuando la ley derogada produzca todavía efectos sobre las reacciones jurídicas. Véase STC 199/1987, de 16 de diciembre, recurso de inconstitucionalidad; 248/1988, conflicto positivo de competencia, y 93/1988, de 24 de mayo, cuestión de inconstitucionalidad.

(59) Véase ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión...*, cit.

(60) LUIS LÓPEZ GUERRA: *op. cit.*, pág. 1446.

(61) SERGIO COSTA: «Decisioni di rigetto della Corte Costituzionale e preclusione», en *Riv. Dir. Proc.* (1957), pág. 579.

La referencia normativa, en un conflicto de este tipo, sería indiscutiblemente la Constitución y no la eficacia de la cosa juzgada. Sería absurdo que una polémica de esta entidad, donde lo que se produce es una «quebra de la Constitución» (se aprueba una ley que se sabe fehacientemente contraria a la Constitución), se resolviera en los límites de la cosa juzgada cuando lo que se discute es la esencia del Estado de Derecho.

2. *Función positiva de la cosa juzgada material*

Ahora bien, y a pesar de lo expuesto, la conclusión no es tan fácil. Ni la sentencia constitucional es un acto simple ni la cosa juzgada se circunscribe en los conceptos expresados. No es posible negar el efecto de cosa juzgada a las sentencias estimatorias sin apreciar otros aspectos que modulan el régimen jurídico de la decisión constitucional y que tienen estrecha conexión con su variada tipología.

Como criterio general, se puede decir que esta función en las sentencias estimatorias tampoco tiene virtualidad plena. Este criterio, sin embargo, sólo es aplicable en el caso de que el pronunciamiento del Tribunal sea «seco» o «puro», es decir, que declare la ley inconstitucional y, por tanto, la inexistencia de la norma sin más, sin añadidos ni adiciones. Pero ¿qué ocurre con las sentencias que estiman parcialmente la inconstitucionalidad bien bajo el perfil temporal, bien bajo el perfil normativo? En estos casos, cada vez más frecuentes, el instituto procesal de la cosa juzgada, como efecto de la sentencia, puede ser útil y operativo siempre que se admita que el efecto positivo de la cosa juzgada material «tiene su verdadero valor y trascendencia cuando se ha obtenido una declaración que luego será esgrimida como medio de ataque o de defensa en otro proceso, en la que la primera cuestión deberá ser tenida en cuenta como prejudicial» (Carreras) (62). Son supuestos en que cabe replantearse la inconstitucionalidad de la norma, ya que algunos de sus aspectos pueden seguir en vigor.

En estos casos, el Tribunal no puede rechazar o inadmitir la cuestión por inexistencia del objeto, ya que lo que caracteriza a este tipo de sentencias es que la ley no desaparece; aparecen o desaparecen determinadas normas deducibles por vía interpretativa de una disposición. En los supuestos en que la

(62) JORGE CARRERAS: «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español», en *Revista de Derecho Procesal* (1958), pág. 527. Véase, en este sentido, EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal...*, cit., págs. 435, donde explica claramente la relación entre prejudicialidad y cosa juzgada material.

inconstitucionalidad es un pronunciamiento complejo (la mayoría), el Tribunal puede desestimar la nueva y diferente cuestión trabajando con el instituto de la cosa juzgada.

La novedad y diferencia radica en que el objeto del proceso ya no es el mismo, sobre esa norma ya ha recaído una sentencia de inconstitucionalidad parcial que ha modificado la ley. No se puede impedir ni excluir el segundo proceso porque no versa sobre lo mismo —el objeto ha cambiado, no puede operar los límites objetivos—, pero sí que se puede invocar la cosa juzgada en su función positiva para obligar a que en el segundo se resuelva reconociendo lo ya decidido. En definitiva, se pretende que en lo que el objeto es distinto, o sólo parcialmente idéntico, se respete el efecto de cosa juzgada en sentido positivo (63). Pero, además, lo parcial de la estimación evidencia el contenido desestimatorio, lo que también permitirá, con otro fundamento, el nuevo planteamiento de la cuestión. Cuestión que el Tribunal podrá desestimar (desestimación y no inadmisión porque debe entrar en el fondo del asunto) en virtud del efecto positivo procesal de la cosa juzgada (64). En conclusión, se aprecia que en determinadas sentencias estimatorias tiene eficacia el efecto positivo de la cosa juzgada.

Ahora bien, esta operatividad de la cosa juzgada es preciso delimitarla aún más. Si se profundiza en su estudio se advierte que su efectividad se circunscribe al Tribunal Constitucional, no al juez ordinario. Para este último, el objeto ha variado sustancialmente: en lo que la sentencia tiene de estimatoria opera el principio *iuris novit curia* —la ley ya no existe—; en lo que tiene de desestimatoria, no le vincula la cosa juzgada, podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre la parte de la ley que no ha desaparecido del ordenamiento jurídico.

El problema originariamente se planteó respecto de las sentencias interpretativas y su difícil inclusión en la modalidad de estimación o desestimación. Si la sentencia interpretativa es desestimatoria, se considera que la ley no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido expresado por el Constitucional. Lo que ocurre es que este tipo de decisiones tienen también un contenido de estimación en la medida en que consideran inconstitucionales determinadas interpretaciones. Como expresa Rubio Llorente, «es claro que éstas son, desde el punto de vista del análisis lógico, también sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de interpretaciones determinadas,

(63) ANDRÉS DE LA OLIVA: *Sobre la...*, cit., pág. 25.

(64) Esta parece ser la postura, aunque no muy clara, de LUIS LÓPEZ GUERRA: *op. cit.*, pág. 1449.

pero esta declaración no figura en el fallo, sino en el razonamiento que le precede, y esto es lo jurídicamente decisivo» (65). Se habló en este sentido de sentencias de doble pronunciamiento; su complejidad radica en su naturaleza estimatoria-desestimatoria como elemento impregnante de las mismas, es decir, con independencia de la calificación que reciban siempre tienen un contenido positivo y negativo, por eso es tan difícil otorgarles determinados efectos. El empeño de atribuir la autoridad de cosa juzgada radica en que la finalidad de las sentencias interpretativas sólo se cumple si las mismas vinculan a los órganos jurisdiccionales, pero ello constituye también su mayor problema, porque se entiende que estas sentencias interfieren en la actividad jurisdiccional ordinaria. Como advierte Rubio Llorente, «para ser eficaces, para obligar todos los demás Tribunales del país (y a través de ellos a la administración), estas razones que tachan de inconstitucionalidad normas derivadas del enunciado legal sin concluir, sin embargo, en la anulación de éste, han de superar un doble obstáculo: el que implica, de una parte, el principio básico de la sujeción exclusiva del juez a la ley..., y el que resulta, de otra, de la separación existente entre jurisdicción constitucional y ordinaria» (66). Se estimaba así que este tipo de sentencias interpretativas reducía y limitaba la libertad de los jueces ordinarios en su función de intérpretes de las leyes. En este sentido, Rizza (67) destaca que si a las sentencias interpretativas se les pudiera exigir el efecto de cosa juzgada, válido para todos los jueces en relación con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, estaríamos en presencia de un poder afín al del Parlamento. Por eso la mayoría de la doctrina, aunque advierte de la complejidad de estas decisiones, reconoce que su alcance nunca puede ser el de cosa juzgada (68).

Ahora bien, esto no significa que cualquier juez pueda plantear cuantas cuestiones de inconstitucionalidad le surjan sólo por el hecho de que la decisión constitucional no produce efecto de cosa juzgada. De la falta de operatividad de este instituto no cabe concluir la carencia absoluta de cualquier efec-

(65) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción...», cit., pág. 31.

(66) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *op. cit.*, pág. 31.

(67) GIOVANNI RIZZA: «La Corte Costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari», en *Diritto e Società* (1973), págs. 321 y 328; en el mismo sentido, LUIS PASTOR RIDRUEJO: «Aplicación de la ley y control de constitucionalidad», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, 1981, pág. 732.

(68) ALESSANDRO PIZZORUSSO: «Stare decisis e Corte Costituzionale», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Turín, 1971 págs. 31 y sig., especialmente págs. 38 y sigs., y «Dalle “doppie pronunce” alle decisioni “overruling”», en *Giur. Cost.* (1971), págs. 523 y sigs.

to. La doctrina que admite la posibilidad de poder replantear la misma cuestión de inconstitucionalidad reconoce la necesaria existencia del efecto vinculante e incluso el del precedente (69). Son éstos los efectos jurídico-materiales de la sentencia, efectos propios derivados del objeto del proceso.

Lo importante es distinguir cosa juzgada del efecto vinculante: este último, unido al *erga omnes* —que sí se produce en las estimatorias—, ocasionan el efecto material de la decisión. Así lo entiende Maunz: «Otro elemento decisivo que diferencia la cosa juzgada y el efecto vinculante se advierte en que la cosa juzgada tiene efectos procesales y el efecto vinculante; por el contrario, sitúa sus efectos más en el campo del derecho material» (70). El resultado material de la sentencia se adscribe en la sentencia como «hecho» jurídico material, no en la «declaración» (sentencia como acto jurídico). En definitiva, del efecto vinculante se deriva la naturaleza objetiva (abstracta) del juicio de constitucionalidad de las leyes. Juicio en el que el Tribunal Constitucional actúa la voluntad de la norma constitucional y que en cuanto a los efectos se manifiesta como una norma o acto normativo (71) por la transformación que la sentencia estimatoria traduce en el orden jurídico y por su estrecha relación con el objeto del juicio.

En conclusión, el juez está vinculado por la sentencia y obligado por la interpretación del Constitucional, lo que se compadece perfectamente con el ordenamiento tal y como se desprende de los artículos 1 y 40.2 LOTC y 5.1 y 3 LOPJ. Este es el planteamiento también de Elia (72), para quien la importancia de estas sentencias interpretativas radica en la vinculación a los jueces comunes, sin que sea su efecto el de cosa juzgada. El juez *a quo* cuando aplica la ley debe hacerlo atendiendo a la interpretación realizada por el Constitucional, pero puede volver a suscitar la cuestión de inconstitucionalidad si cree que la interpretación debe ser modificada, sin que exista ningún impedimento

(69) Véase, por todos, ALESSANDRO PIZZORUSSO: «Garanzie costituzionali» cit., págs. 311 y sigs.; «Effetto di "giudicato"...», cit., págs. 1976 y sigs.; «Stare decisis e...», cit., y MAURO CAPPELLETTI: «Prorunce di rigetto...», cit.,

(70) THEODOF. MAUNZ: *op. cit.* En el mismo sentido, aunque menos claro, parece que trabaja FRANCO PIERANDREI: «Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale". Natura, efficacia, esecuzione», en *Riv. it. sc. giur.* (1954), pág. 187: «Es posible afirmar que las decisiones que establecen la inconstitucionalidad de los actos legislativos tienen eficacia procesal, aunque tengan efectos *erga omnes*...»

(71) No entramos aquí en la polémica sobre qué es lo que produce esos efectos generales, si el contenido del *aecisum* o también las razones o fundamentación de la sentencia. Véase FRANCISCO RUBIO LORENTE: *op. cit., passim*, especialmente págs. 33 y sigs.

(72) LEOPOLDO ELIA: «Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici», en *Giur. Cost.* (1966), págs. 1717 y sigs.

por el instituto de la cosa juzgada (73); quizá resulta ocioso, pero hay que recordar que no sirve cualquier interpretación por parte del órgano jurisdiccional para volver a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La solución doctrinal, como se observa, no es fácil, pero parece que se adecúa mejor a la función que desarrolla el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución. La ausencia de cosa juzgada no significa, por tanto, ausencia de sentencia e inaplicación de la misma cuando el juez común quiera; el efecto vinculante obliga a los jueces y magistrados a aplicar e interpretar las leyes conforme a la interpretación realizada por el Constitucional. Pero este efecto no cierra el paso a nuevas y distintas interpretaciones, ya que los jueces pueden volver a recurrir al Tribunal Constitucional dando la oportunidad a éste de perfeccionar, modificar o confirmar la decisión anterior. En definitiva, el efecto vinculante se traduce en interpretación cualificada y privilegiada, pero no en imposición de interpretación, ya que a los jueces les pueden surgir dudas en relación con otras interpretaciones del mismo texto legal.

La polémica y sus argumentos confirman, entre otras cosas, que frente al juez *a quo* no opera la función positiva de la cosa juzgada, pero sí el vinculante. Si duda de la constitucionalidad de una ley que fue objeto de sentencia interpretativa sólo puede dejar de aplicar la interpretación establecida (y, por tanto, suscitar de nuevo la cuestión de inconstitucionalidad), si argumenta jurídica y técnicamente que la misma ya no se corresponde con la realidad social o que los hechos han cambiado, etc.; en definitiva, la variación del objeto. Ambos efectos, vinculante y cosa juzgada, no pueden confundirse; por este último el juez posterior no deberá siquiera plantearse si existe o no la duda.

Sin embargo, aunque la cosa juzgada en su sentido positivo no tiene virtualidad para el juez de mérito, respecto al Tribunal Constitucional sí opera la función positiva de la cosa juzgada, ya que este efecto actúa con plenitud siempre que no se reproduzca una pretensión idéntica a la anterior (Carreras) (74); en definitiva, cuando la primera cuestión se esgrime como prejudicial a la segunda. «Cuando se aduce la cosa juzgada como prejudicial, es claro que no es para “fundarse” a sí misma, sino a la acción diversa de que se hace ahora cuestión; en cuanto a sí misma, la declaración firme cumple la función de hacer “inadmisibles” cualquier contradicción» (Gómez Orbaneja) (75). De este

(73) A favor de otorgar eficacia de cosa juzgada a este tipo de sentencias está ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión...*, cit., págs. 345 y sig.

(74) JORGE CARRERAS: «Tratamiento procesal...», cit., pág. 526.

(75) Véase, en este sentido, EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal...*, cit., pág. 436.

modo, el efecto prejudicial es pleno siempre que no se reproduzca una pretensión idéntica a la anterior.

Parece que estos aspectos concurren en el caso estudiado. Como hemos dicho, el juez *a quo* puede volver a plantear la cuestión; el objeto o *causa petendi* es distinto en la medida en que se duda de la constitucionalidad de la ley en la parte que ha sido interpretada o dejada con vida por el Tribunal Constitucional (el segundo proceso no versa sobre lo mismo, por lo que no se puede excluir). En consecuencia, el Constitucional dictará la sentencia de fondo con base y apoyo en la anterior, que será prejudicial de la «acción diversa de que se hace ahora cuestión».

Este alcance tan limitado de la cosa juzgada (sólo al Tribunal Constitucional y sólo en determinados tipos de sentencias) incrementa las dificultades del tema ya de por sí complejo. Dificultades y argumentos que trasciende también a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia 163/1987, de 27 de octubre (76), intenta ignorar (77) (sin conseguirlo, porque

(76) Resolutoria de cuestión de inconstitucionalidad: «Conviene recordar que, como preceptúa el artículo 38.1 LOTC, las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán... Por tanto, siendo idénticos el objeto del presente proceso, la vía procesal seguida y los motivos de inconstitucionalidad alegados a los de la cuestión resuelta por la sentencia de 7 de julio de 1987, no cabe sino entender de aplicación a esta controversia el citado artículo 38.1. Esto resultaría patente e incontrovertido (*según nemos explicado creemos que no tanto*) si la sentencia anterior hubiera sido totalmente estiratoria de la cuestión de inconstitucionalidad y hubiere hecho desaparecer del ordenamiento jurídico la norma anulada, pero no puede ser menos cierto, en línea de principios, en el caso de una sentencia parcialmente estiratoria... En efecto, una vez pronunciado un fallo parcialmente anulatorio sobre el fondo del asunto, no es posible, a causa de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia constitucional, reproducir el mismo discurso sobre la legitimidad de la norma cuestionada.» Los problemas que se plantean son varios. El primero es que la línea de principio que sigue no es tal porque, en gran medida, existen muchas dudas sobre el efecto de cosa juzgada negativo en las sentencias estiratorias. En segundo lugar, se advierte que la operatividad de la cosa juzgada es mínima en la medida en que puede plantearse con otros motivos la misma cuestión (sin olvidar que sólo respecto a la desestimación de la inconstitucionalidad, porque el resto de la ley ya existe). En tercer lugar, y en línea con lo anterior, sí es posible plantear —er lo que la sentencia tiene de desestimación— la cuestión de inconstitucionalidad, aunque sea por los mismos motivos.

(77) En el mismo sentido, el auto 93/1991, de 2 de marzo, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad con los mismos fundamentos y respecto a los mismos preceptos que varias acumuladas y que van a ser resueltas en breve, la cuestión se suscita el 3 de febrero de 1991 y la sentencia sobre la misma anteriormente planteada recae el 14 de febrero de 1991. No obstante, en el auto de inadmisión no se habla de efectos impeditivos de cosa juzgada, e en este caso parece que rectifican, ya que es evidente que dicho efecto en ningún caso se ha producido porque el juez, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad desestimada, no podía conocer la existencia de dicho efecto. Los argumentos son desde luego mucho más acertados y acordes con los principios procesales que la sentencia anteriormente comentada. No obstante, es interesante destacar cómo

nadie puede eludir la intensa polémica doctrinal al respecto) las diferencias entre las sentencias total y parcialmente estimatorias. Pero se advierte, inevitablemente, que aquéllas existen respecto a los efectos; que no es lo mismo una sentencia desestimatoria que una parcialmente estimatoria.

Los distintos efectos que las decisiones producen no es una polémica originaria y exclusiva del ámbito constitucional, sino que desde siempre ha impregnado el estudio de la sentencia ordinaria. Así, se admite, aunque sin coincidencias, que frente a cada tipo de sentencia se producen unas consecuencias procesales diversas (sentencias constitutivas, declarativas y de condena); pero también ante la misma acción los efectos de las sentencias son diversos dependiendo del carácter estimatorio o desestimatorio de la misma (78).

V. CONCLUSION

No se nos oculta que estas reflexiones se mueven en un terreno sumamente delicado en el que es difícil hallar respuestas completamente satisfactorias.

el Tribunal hace alusión a la cosa juzgada de modo muy confuso. Así, dice: «... dado que la reiteración de procesos con el mismo objeto y por las mismas razones sólo está vedada en el caso de los recursos de inconstitucionalidad (art. 38.2 LOTC), esta interpretación obligaría a seguir el trámite de la presente cuestión hasta su decisión mediante sentencia...» Parece que reconoce expresamente que las sentencias en cuestión de inconstitucionalidad no producen efecto de cosa juzgada, lo que ocurre es que a esta conclusión se llega con criterios que en nada la legitiman. Alude, en primer lugar, a que el efecto de cosa juzgada se recoge en el 38.2; sin embargo, este artículo se refiere a sentencias desestimatorias y no a las estimatorias. ¿Por qué no hace alusión al artículo pertinente el 38.1. LOTC: «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada...»? que es el efectivamente aplicable. Se puede quizá interpretar que el Tribunal Constitucional se está refiriendo a la parte de la sentencia que tiene contenido desestimatorio (no es inconstitucional el artículo 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, interpretado con el sentido y alcance previsto en el fundamento jurídico 7.^o). Desde luego, lo único claro es que de este auto no se pueden sacar conclusiones precisas.

(78) Si se estudia pormenorizadamente se advierte que las sentencias constitutivas (estimatorias de la acción constitutiva) no producen —para unos— (doctrina bastante extendida) o no necesitan —para otros— (GÓMEZ ORBANEJA) efecto de cosa juzgada. Las desestimatorias de la acción constitutiva, sí (son mero declarativas). Las sentencias de condena, estimatorias de la acción declarativa de condena, no producen el efecto de cosa juzgada positivo (CARRERAS) en lo que tienen de tal condena. Las desestimatorias producen ambos. Las sentencias tanto estimatorias como desestimatorias de la acción declarativa producen efecto de cosa juzgada en sus dos funciones (CARRERAS). Las discrepancias, sobre todo en relación con las primeras, son muchas, pero lo único que se pretende poner de manifiesto es que la sentencia produce unos efectos en virtud del proceso y el objeto del mismo; sobre estos criterios hemos partido desde el inicio del estudio. Por todos, véase DE LA OLIVA SANTOS: *op. cit.*

Pero en ningún caso se puede concluir que la poca operatividad de la cosa juzgada en la sentencia constitucional desdibuja los límites de la jurisdicción constitucional.

La ausencia de cosa juzgada no es falta de efectos, la propia función del control, su naturaleza y sus características requieren un gran esfuerzo de racionalidad jurídica que permita delimitar claramente los efectos, imbricados, de la decisión constitucional.

Tampoco la ausencia de cosa juzgada es ausencia de seguridad y estabilidad jurídica. Incluso la hasta ahora plena aceptación de la cosa juzgada en la sentencia constitucional no ha impedido disfunciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional; el equilibrio entre ambas es siempre frágil, pero no puede encontrarse interesadamente en un instituto con la sola pretensión de mantenerlos bajo control. Por eso se impone la racionalidad, cosa juzgada es una determinada y específica eficacia jurídica de la que la sentencia constitucional no goza con plenitud.