

verdad, responde la sentencia a una voluntad del Estado. Se dice que la sentencia es lo que la voluntad del Estado quiere que sea la voluntad de la ley en el caso concreto; pero no es lo que el Estado quiere que sea la verdad de los hechos, puesto que a él no interesa esta verdad en razón de los hechos mismos, cuya demostración o investigación deja, por consiguiente, a los particulares. La misión de la justicia, es la actuación del derecho. A la sentencia lo que interesa, entonces, es la actuación del derecho en el caso concreto, no la afirmación de los hechos verdaderos (véase la Obra citada de Gómez Orbaneja, Págs. 55-60, y la Autoridad de la Cosa Juzgada, de Rodolfo Pablo Migliore, Págs. 39-41).

3. TEORÍA DE LA FICCIÓN DE VERDAD.—Posteriormente Savigny, sostuvo que no era exacto que el fundamento de la cosa juzgada fuera una presunción de verdad. Partiendo este autor de la existencia de las sentencias injustas, explica el fenómeno atribuyendo a las definitivas la ficción de que son verdaderas. En su Sistema de Derecho Romano actual, página 168 (edición española de Mesía y Poley), define la cosa juzgada como la "ficción de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación"; pero como puede fácilmente apreciarse, su definición rompe con la supuesta conformidad que debe existir entre el fallo y el deber ser positivo. Las sentencias injustas pueden crear un derecho que la ley no reconoce, o pueden extinguir un derecho realmente existente.

Mientras que Pothier, presume como verdadero el contenido de las sentencias injustas —y el de todas las sentencias—; en cambio, Savigny, admite que se trata de un contenido falso, sólo que en su doctrina, en razón de la ficción de verdad, lo falso se torna verdadero. Pero ambas teorías, tratando de explicar el

DE LA COSA JUZGADA EN MATERIA CIVIL

45

texto de Ulpiano, coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad.

La doctrina hace notar, al respecto, que si bien es verdad que la sentencia trata de evitar el error, también es cierto que no la invalidan los que en ella se cometan, puesto que con error o sin error la sentencia produce todos sus efectos, desprendiéndose que no es requisito de su validez el que forzosamente se establezca en ella la concordancia con la verdad. De manera que si de todos modos se producen todos sus efectos, esto es, concordando o no con la verdad, se sigue que las teorías de presunción de verdad o de ficción de verdad, son inútiles para justificar la cosa juzgada. Sólo se justificarían en el caso de que las sentencias no fueran aptas para producir todos sus efectos, sino a condición de que necesariamente concordaran con la verdad; porque si sus efectos sólo pudieran producirse cuando se observara dicha concordancia, entonces sí resultaría notoria la necesidad de presumirla o de aceptarla por ficción. Luego resulta inútil acudir al concepto de presunción o al de ficción de verdad para justificar la cosa juzgada (además de la Obra citada de Becerra Bautista, véase la exposición de teorías de la cosa juzgada que se contiene en la Teoría del Fraude del Proceso, de José Lois Estévez y la Autoridad de la Cosa Juzgada, de Rodolfo Pablo Migliore, Págs. 35-39).

4. TEORÍAS CONTRACTUALISTA Y CUASI-CONTRACTUALISTA.—

Debe recordarse que, en el derecho romano, durante el primer período de las acciones de la ley, cuando no acostumbraban los magistrados desarrollar el debate del juicio por escrito, se acudía a la forma consistente en que las partes tomaban la precaución de desenvolverlo en presencia de testigos para que, en caso necesario, atestiguaran o proporcionaran la prueba oral sobre los términos de la cuestión litigiosa. Y la invocación que se hacía de este testimonio, constituía entonces propiamente la *litis contestación*.

En el segundo período de ese derecho, cuando el procedimiento ya se hacía constar por medio de la escritura, subsiste la *litis contestación*; pero ésta ya no es la solemne invocación de testigos del primer período. En este nuevo período el magistrado entregaba al actor una fórmula en la cual se precisaban las cuestiones sobre las que el juez debía decidir. La *litis contestatio*, *litem contestari*, de todos modos representa aquí el momento del juicio correspondiente a aquel en el que, en el período anterior —en el primer período—, se hacía la referida invocación de testimonios.

Pero lo cierto es que en uno y otro período, la *litis contestación* quedaba integrada con la clausura del proceso delante del magistrado, una vez que las partes contendientes habían fijado definitivamente las cuestiones discutidas.

No proporcionaba el procedimiento romano ningún medio directo para vincular al demandado al proceso; pero de manera indirecta se le obligaba a comparecer, en cuanto que se concedía al actor el derecho de tomar la posesión de sus bienes. Sin embargo, producida la *litis contestatio*, como antes se ha expresado, quedaba definitivamente fijado el debate, y se podía sentenciar al demandado aunque se hubiese ausentado del pleito.

Con la *litis contestatio* quedaban perfectamente determinados: las partes litigantes; lo reclamado en el juicio; las excepciones opuestas; el juez del conocimiento, y todas las cuestiones que éste debía decidir, imposibles ya de ninguna modificación no sólo por parte de los litigantes, sino también por parte del juez.

La *litis contestación* "daba nacimiento a la novación judicial o necesaria. Consistía ésta en que la *litis contestatio* producía una obligación que Ulpiano denominaba *cuasi ex contractu*; *cuasi contractual* (ver L. 3, párrafo 11 f. f. de *Peculio*) por medio de la cual las dos partes se obligaban a estar y pasar por lo sentenciado. Dicha obligación substituía a las relaciones jurídicas que existían entre las

partes antes de la *litis contestatio*, en el sentido de que el demandante no podía hacer valer en un nuevo juicio los derechos originarios que tenía contra el demandado. Cuando la acción era personal, el derecho originario del demandante se extinguía por completo con la *litis contestatio*. Si la acción era real, la extinción no se producía de pleno derecho, pero el demandado podía oponer la excepción de *rei in iudicium deductae*, es decir, de cosa ya deducida o hecha valer en juicio anterior". (Tomado del Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro don Eduardo Pallares, Pág. 341).

De acuerdo con las ideas expuestas, la *litis contestatio* representaba el momento en que se concluía un acuerdo entre ambas partes litigantes; acuerdo que les acarrea deberes independiente de su voluntad. En efecto, debe insistirse en que, al quedar establecida la *litis contestatio* en forma válida, por virtud de sus efectos consuntivos, se implicaba la renuncia del actor a repetir su acción; pero a cambio de su derecho eventual de que se dictara la condena; en tanto que sobre el demandado pesaba la obligación eventual de subordinarse a la sentencia, esto es, se obligaba a someterse a los términos de la condena, resultando que, al mismo tiempo que la *litis contestatio* extinguía un derecho anterior, creaba un derecho nuevo. Pero estos derechos y obligaciones creados con la *litis contestatio*, a la postre, eran modificados por la sentencia que terminaba el debate y que impedía la repetición del propio juicio mediante la excepción de cosa juzgada.

Fundándose Endeman, en esta tradición romana, formuló la teoría de que la cosa juzgada no es sino resultado del vínculo contractual que nace en el pleito; porque al someterse las partes voluntariamente al juicio, con su actitud renuncian realmente a los derechos que pretenden y afirman tener, y ponen de manifiesto su disposición —resultado del contrato judicial cuya integración concluye con la *litis contestatio* en el sentido romano—, de asumir en el proceso una determinada conducta que les lleva al sometimiento a la sentencia aunque sea contraria a sus pretensiones. De esa manera la sentencia

transforma las pretensiones de las partes de un derecho simplemente potencial (la pretensión misma), en un derecho actual. Y por eso se afirma en la teoría que se examina, que la sentencia opera una novación del derecho discutido; porque con ella (con la sentencia), al mismo tiempo que se extingue el referido derecho eventual, se crea el derecho actual, resultando que, por haberse extinguido el derecho discutido, nunca más puede volverse a discutir, dada la imposibilidad de insistir sobre un derecho que ha dejado de tener existencia.

Es evidentemente falsa la teoría de Endeman, porque no es cierto que exista el acuerdo de voluntades que encuentre con plenitud su expresión en la *litis contestatio*; *litis contestatio* que ahora, como es sabido, tiene un significado diferente del que se le dió en el derecho romano.

El derecho clásico español, admitió la solución de que la *litis contestatio* se integra al producirse la contestación de la demanda. En efecto, la ley III, del Tit. X, de la Partida Tercera, decía: "Comenzamiento y rayz de todo pleyto, sobre que deue ser dado juyzio, es quando entran en el por demanda, e por respuesta, denlante del judgador . . . En cualquier destas maneras, que desuso deximos, que responsa el demandado a la demanda que le fazen, cumple para ser comenzado el pleyto por demanda, e por respuesta, a que dizen en latín *contestatio*". Por *litis contestatio* ha de entenderse actualmente, siguiendo esa tradición, el "estado que guarda el proceso después de que ha sido contestada la demanda hasta que se pronuncia sentencia definitiva". Y si concretamente en nuestra legislación, la *litis contestatio* "sólo existe cuando las partes han formulado sus escritos de réplica y dúplica o se les ha acusado la rebeldía correspondiente cuando no los han presentado", es evidente que, como se apunta con anterioridad, resulta inexacta la teoría de Endeman; porque, en efecto, teniendo en consideración que la *litis contestatio* existe aun en el caso de litigante rebelde que no comparece al juicio, ¿cómo podría afirmarse, para tal supuesto, la existencia de

un convenio, con un ausente, que nunca se ha celebrado realmente? Luego es obvio que la prohibición de volver a sentenciar lo ya juzgado, no sería posible fundamentarla en un contrato que no existe celebrado entre actor y demandado (véase la Obra citada de Berra Bautista y el aludido Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro Pallares, Pág. 341).

Pero es, además, falsa la teoría de que se trata, porque la función jurisdiccional es siempre una función del Estado, y el proceso en que dicha función se realiza, ya se dijo que es de derecho público, ajeno, por completo, al régimen privado de los contratos (Autoridad de la Cosa Juzgada, de Migliore, Págs. 41-44).

A mayor abundamiento, como justamente lo hace notar el doctor Alcalá Zamora, citando a Couture, "Sólo subvirtiendo la naturaleza de las cosas, es posible ver en el proceso —situación coactiva, en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aun en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones—, el fruto de un acuerdo de voluntades". Con tanta mayor razón es esto exacto tratándose del proceso penal, tan opuesto, por su propia naturaleza, al interés particular que es fuente de los contratos.

Se pensó entonces que, si no era exacta la tesis contractualista, el fenómeno podía explicarse con la teoría cuasi-contractualista. Pero se necesita realmente mucha imaginación para pretender encontrar semejanzas entre la prohibición de volver a fallar lo ya decidido y la gestión de negocios o el pago de lo indebido; mas si se piensa en un cuasi contrato procesal *suigeneris*, debe decirse que se trataría de una categoría procesal que hasta la fecha no ha sido creada. Aparte de que, como la tesis contractualista, gira también la cuasi-contractualista en torno de la noción de la *litis contestatio* que, como ya se vió, no puede explicar las situaciones en que falta el contradictorio. (Proceso, Autocomposición y Autodefensa, de Alcalá Zamora y Castillo, Págs. 115-118).

5. TEORÍA NORMATIVA.—Bülow y otros autores (Merkl, Bachmann, etc.) aceptan el concepto de la sentencia como *lex specialis*.

Bülow quiso adoptar una posición frente a las relaciones entre la norma jurídica y la función judicial. Pero tuvo entonces que investigar lo que es la sentencia en sus relaciones con el derecho material. Enseña que el Estado expresa su última voluntad no en la norma que expide, sino en la sentencia que dicta. La norma no es aún el derecho, sino un simple plan o proyecto de ordenación jurídica que se actúa, que se vuelve realidad en la sentencia que resuelve el caso concreto. Contiene la norma, la guía o el camino que el juez ha de seguir; pero por sí sola no integra el derecho en forma cabal. Es la sentencia judicial la que constituye la norma jurídica perfecta. Si hay lucha entre la norma jurídica abstracta y la sentencia, ésta es la que vence, puesto que es la que al fin impera aun cuando haya sido dictada contra el texto de la ley.

Considera Bülow, que la cosa juzgada es un acto público obligatorio, un acto del Estado, un instituto del proceso que, por ende, es de derecho público. Nunca puede ser un bien privado que se abandone a la libre disposición de las partes. Se sigue, por tanto, que las partes no pueden renunciar a su beneficio, y que el juzgador debe investigarla de oficio, aunque resulte fuera de los autos. Igualmente es consecuencia de lo expresado, que las partes no pueden, de propia voluntad, otorgar a una sentencia la autoridad de la cosa juzgada.

Se critica a la tesis de Bülow, diciendo que el juez es intérprete en su función, no legislador. Se hace notar que no es el juez quien domina al espíritu o voluntad de la ley, sino que es ese espíritu o voluntad de la ley quien domina al juez. Luego no puede ser cierto que pueda atribuírsele la función legislativa a que se refiere la teoría. No es verdad que el derecho objetivo se manifieste o se complete con la sentencia, ni que ésta sea equivalente al derecho objetivo. Lo

que realmente se manifiesta en la voluntad del juez a través de la sentencia, es el derecho subjetivo que naturalmente existe ya, que se realiza mediante la aplicación de la norma jurídica o de los principios generales del derecho, no la facultad del juez —que no tiene— de hacer derecho objetivo para el caso concreto. La verdad es que la sentencia no puede crear el derecho, sino sólo reconocerlo o declararlo (véase Derecho Procesal Penal, del Maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, tomo I, Pág. 188 y ss.).

Por otra parte, si el derecho objetivo, según esta teoría, no surge sino hasta la sentencia, resulta entonces que, como antes del fallo no hay derecho, sino simples juicios hipotéticos o simples proyectos, el derecho objetivo así realizado necesariamente obraría en forma retroactiva, en tanto que se volvería realidad hasta la sentencia; es decir, forzosamente habría de aplicarse a casos nacidos cuando aún no había derecho, esto es, a casos nacidos al amparo de una norma legal —simple proyecto de ordenación jurídica, no derecho— no realizada aún por la sentencia; pero además no podría existir la cosa juzgada, porque mientras ésta se refiere a las partes individualmente, la ley es abstracta, con validez frente a todos.

Igualmente se hace a la teoría, la objeción de que no existe ninguna norma, en ninguno de los ordenamientos procesales, que atribuya al juez la investigación —como pretende la tesis de Bülow—, fuera de lo que resulte de los autos, de la cosa juzgada. Y se dice que ni aun en legislaciones —como la austríaca—, que obligan al juez a considerar oficiosamente la cosa juzgada que resulta de los autos, deja de tener innegable influjo el principio de disposición de las partes, en contraposición a la afirmación ya indicada de Bülow, en el sentido de que la cosa juzgada, por ser un acto público del Estado, jamás puede abandonarse a la libre disposición de las partes (consúltense, sobre el tema, Eficacia y Autoridad de la Sentencia, de Liebman, Págs. 62-64 y La Cosa Juzgada, de Gómez Orbaneja, Págs. 61-68).

En nuestro derecho, un claro ejemplo de la influencia que la vo-

luntad de los litigantes obra en la cosa juzgada —lo que en cierto sentido también contradice la tesis de Bülow—, nos lo da la fracción I, del artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorio Federales, pues que, de acuerdo con este precepto, causan ejecutoria —y el juez tiene el deber de hacer la declaración de manera oficiosa—, las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial.

Puede afirmarse que, en principio, el caso decidido no cesa de tener su regulación en la ley aplicada por el juez. Pero existen, sin embargo, como lo observa don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, los casos de procesos colectivos, en que la sentencia se extiende en su aplicación de manera general a toda la categoría profesional en conflicto, a todos los miembros de esa categoría, aun cuando no hayan sido partes en la contienda laboral. “Esta circunstancia determina que la sentencia colectiva se encuentra a mitad de camino entre la ley y la sentencia del proceso individual: de la primera posee la nota de generalidad. . . de la segunda tiene la estructura y el contenido. . . Y cuando esa sentencia (se refiere el autor a la colectiva), establezca una nueva reglamentación del trabajo, con señalamiento de derechos y obligaciones incluso para quienes no hayan tenido intervención alguna en el proceso (por el mero hecho de pertenecer a las categorías litigantes), es indudable que, en dicha hipótesis, de índole netamente constitutiva, habrá sido creadora de derecho”. (Proceso, Autocomposición y Autodefensa, del autor citado, Pág. 198).

Y otra excepción que el propio autor señala en que la sentencia crea también derecho, lo es la jurisprudencia, en aquellos países en que la misma es obligatoria. Los casos concretos que se presentan se resuelven por su aplicación, de la misma manera que si se tratase de la aplicación de una norma objetiva creada por el legislador (Obra que se acaba de citar, Págs. 199-201; artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, y 6o. transitorio de la propia Ley). De donde resulta que la sentencia sólo por excepción, no como regla, según

pretende la teoría normativa, contribuye a la creación del derecho. Luego, como antes se decía, es falsa la tesis de que se trata.

6. TEORÍA DE LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE.—Sostiene que, si bien la sentencia no es la norma jurídica, sin embargo, en los casos de lagunas legales, debe concederse al juzgador la facultad de hacer la norma jurídica eficaz sólo para el caso concreto.

Se replica a la tesis que, cuando se trata de la aplicación, en los casos de lagunas de la ley, de principios jurídicos abstractos que llenen dichas lagunas —postulado abstracto que sirve de premisa mayor al silogismo—, como realmente se trata de principios que cambian su validez para cada caso, ha de admitirse que, más que de norma de derecho, se trata de la aplicación del arbitrio judicial e incluso de la interpretación, por medio de ese arbitrio, de las normas legales.

7. TEORÍA MATERIALISTA.—Fué sostenida por Wach, Kohler, Schmidt, Neuner y muy especialmente por Pangenstecher, y refutada por autores como Heim, Lent, Goldschmidt y Rosenberg (véase la citada Obra de Tullio Liebman, Pág. 60, nota (11)).

Esta teoría observa la cosa juzgada desde un punto de vista material. Afirma que tiene un contenido material, y que la resolución trasciende fuera del campo procesal, para insertarse en la relación jurídica privada. La cosa juzgada se expresa con la fórmula: "res iudicata ius facit inter partes". Niega la teoría que la sentencia sea norma, según lo afirmara, como se ha visto, la teoría de la "lex specialis", para sostener, por su parte, que es *negocio jurídico*, por cuanto que no es verdad que produzca derecho objetivo, sino derecho subjetivo.

Tiene, sin embargo, de común esta teoría materialista con la normativa, que ambas admiten que la sentencia produce derecho material con efectos fuera del proceso.

En la teoría material, el juez se halla sometido a la sentencia, de la misma manera que se encuentra sometido al derecho positivo. Está sometido a la sentencia, a la que considera como un hecho jurídico material, no procesal. La relación jurídico material declarada en la sentencia, recibe el influjo de ésta. Se trata de un elemento esencial, característico, que en ningún autor falta y, como también lo enseña la teoría procesalista, admite que el juez futuro queda sometido a la autoridad de la cosa juzgada. Que el derecho material recibe influjo innegable de la sentencia, afirma la teoría materialista, se constata con la existencia de sentencias injustas que ponen de relieve ese hecho, puesto que operan un cambio en el aludido derecho: son constitutivas; en el concepto de que aún en estas sentencias, en las constitutivas, es la declaración el objeto de la cosa juzgada. Las sentencias constitutivas tienen, en efecto, dos elementos y efectos: el efecto propiamente constitutivo o modificativo, y el efecto declarativo que es requisito del constitutivo. Pero si a la declaración de certeza se limita el objeto de la cosa juzgada, ¿cómo es que dicha declaración llega a ser inatacable?

Pangenstecher, dice que la sentencia se puede volver inatacable por dos caminos: uno por el que, sin necesidad de mandato especial, la sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada, y por el otro camino, en cambio, se hace necesaria la existencia de un decreto para alcanzar el propio resultado.

La primera de las soluciones apuntadas en el párrafo que precede, es la que acepta Degenkolb, para quien el fundamento de la cosa juzgada reside en la *declaración misma*. En el caso de sentencia injusta, su declaración vale como constitutiva y es inatacable sólo porque la declaración judicial no puede ser falsa. Considera que la demostración de la declaración, es al propio tiempo la comprobación de su verdad. Partiendo del concepto de la "declaración autén-

tica", sostiene que la sentencia vale sólo en razón de dicha declaración, no de su verdad. Esta deriva de aquélla.

Pangenstecher, acepta la solución referida en segundo término. La sentencia vale en todo tiempo y para todo lugar, por virtud de un decreto o mandato que así lo ordena. Aunque admite que la sentencia contiene la declaración del derecho subjetivo, niega que la declaración por sí misma valga. La sentencia por sí misma no es constitutiva. Es el legislador quien, por otro medio, da eficacia a la declaración. Entonces la fuerza de la sentencia deriva de ese "algo" (derivado del mandato del legislador), que no es la declaración misma. Es ese algo que la sentencia produce, no la declaración, lo que le da certidumbre. Es ese algo querido, determinativo, constante y esencial, lo que produce la autoridad de la cosa juzgada. Sostiene que toda sentencia tiene fuerza constitutiva —si bien no es constitutiva por sí misma—, porque no sólo declara la relación jurídica en el caso concreto, sino que dispone que las partes se conduzcan como si la relación declarada existiera efectivamente; razones que igualmente obligan al juez —no sólo a las partes—, a considerar que efectivamente la sentencia regula la relación tal como es, esto es, sin permitirle dudar de su legitimidad. De donde resulta que la sentencia nunca puede ser contraria a derecho: no existen sentencias erróneas. Y como no puede existir contradicción entre lo resuelto por la sentencia y la situación jurídica substancial, entonces el juez está obligado al fallo precedente, *el cual —según la teoría material—, puede producir, modificar o extinguir una relación jurídica, esto es, crea derecho subjetivo.*

La autoridad de la cosa juzgada, según Pangenstecher, es semejante al resultado de incontrovertibilidad de un contrato de transacción puramente declarativo de los derechos de cada parte contratante; contrato en el cual, conservándose la situación jurídica anterior, por cuanto que se reconoce en la transacción dicha situación, produce, sin embargo, una situación jurídica diversa, en tanto que aquélla es distinta de la que de la declaración resulta.

Puede verse que, en realidad, no puede hablarse de declaración ahí donde los efectos constitutivos no derivan de ella, sino del acuerdo de voluntades de los que transigen. Pasa que se da el nombre de declaración a cosa diferente: al acuerdo de voluntades de los contratantes que, por la transacción, modifican o constituyen derechos. Quiere decir que se confunde con la realidad, a lo que no es sino apariencia. No se llega a la esencia de la cosa juzgada admitiendo el efecto constitutivo de la sentencia (piénsese particularmente en el caso de la sentencia injusta), puesto que además de que el caso futuro igual puede ser resuelto de manera diferente, debe tenerse en consideración que el efecto constitutivo de la sentencia deriva de la necesidad de la seguridad jurídica, de la necesidad de incontrovertibilidad y de su certeza. De donde resulta que dicho efecto constitutivo es explicado por la cosa juzgada, en lugar de servir para explicarla (Autoridad de la Cosa Juzgada de Migliore, Págs. 44-47).

Se critica a la tesis materialista haciendo notar que el fin del proceso no es crear derecho subjetivo, sino tutelarlos. No es verdad —se dice—, que la sentencia tenga naturaleza negocial, pues que es la voluntad particular, privada —que no se halle en la sentencia—, el elemento esencial para la producción del negocio jurídico; porque si bien es cierto que la sentencia produce efectos que vinculan y obligan a las partes, tales efectos no hacen de ella un negocio jurídico.

Por otra parte, si la cosa juzgada deriva de sólo la declaración y con ésta crea el derecho subjetivo, resulta entonces que debía tener valor para todos, y la verdad es que sólo surte efecto inter-partes.

Además, tampoco enumera la ley a la sentencia como una de las causas capaces de crear, modificar o extinguir una relación jurídica; aparte de que, en el proceso, el vencedor, verbigracia, recibe la propiedad discutida exclusivamente con relación al vencido, lo cual no se reconcilia con el derecho civil en el que, de acuerdo con

la figura de la propiedad, el que tiene el carácter del propietario lo tiene frente a todos. Característica que no se presenta en la propiedad reconocida en la sentencia con autoridad de cosa juzgada, que, como se ha indicado, sólo tiene valor para las partes, puesto que puede venir un tercero mediante tercería excluyente a demostrar que es él el verdadero propietario y no ninguna de las partes del principal; pero nuevamente sin perjuicio de todos los que no han litigado. Se sigue, pues, de todo lo expresado, que la tesis materialista se opone al pensamiento fundamental del sistema tradicional de que el ordenamiento jurídico vale respecto de todos (Obra citada de Gómez Orbaneja, Págs. 69-83).

Refiriéndose Tullio Liebman, a esta teoría, expresa: "... el proceso no produce y no crea derecho, no constituye y no modifica las relaciones jurídicas substanciales de las partes, sino que sólo declara la certeza de ellas, y las actúa; y la eventual modificación que se produce, en caso de error del juez, sobre la situación preexistente, no es querida ni considerada tal por el derecho, ni puede servir para definir la esencia de un instituto jurídico...".

"... la cuestión ha sido mal planteada... En efecto, el problema de saber si la declaración de certeza contenida en una sentencia (sólo acerca de esto se discute) tiene una eficacia modificativa y no meramente declarativa, de las relaciones jurídicas sustanciales, no tiene propiamente nada que ver con la cosa juzgada, constituyendo, en cambio, una cuestión mucho más general, la de la posición y la destinación del proceso en su función esencial y constante frente a la ley en el ordenamiento jurídico. De la respuesta que se dé a esta cuestión, será fácil determinar la naturaleza de los efectos de la sentencia; sobre ellos, pues, cualesquiera que sean, operará la cosa juzgada para hacerlos inmutables. Pero la cosa juzgada, por sí, no es ni "procesal" ni "material". (Eficacia y Autoridad de la Sentencia, Págs. 60-62).

8. TEORÍA "PROCESALISTA".—Fué fundada por Stein y Hellwig y sostenida, entre otros, por Schwartz, Rosenberg, Neuner, Lent, Heim, Goldschmidt y Botiticher. Actualmente esta teoría domina en Alemania.

Como la teoría material, sostiene que el fin último de la cosa juzgada, es evitar sentencias contradictorias sobre el mismo objeto y entre las mismas personas; pero, ¿cómo se logra? Sometiéndose tanto el juez, como las partes, a la primera sentencia.

La autoridad de la cosa juzgada se reduce, en substancia, según Hellwig, a la *declaración de certeza* que todas las sentencias contienen; declaración de certeza obligatoria e indiscutible que es el efecto principal y característico —según esta teoría—, de las sentencias y con la cual se identifica la cosa juzgada.

Afirma Hellwig, que inclusive las sentencias constitutivas y de condena, contienen igualmente una declaración de certeza, que consiste en la declaración de certeza del derecho a la creación o modificación (sentencias constitutivas) y en la declaración de certeza del derecho a la prestación (sentencias de condena). La cosa juzgada, según este autor, es la fuerza vinculante de la declaración de certeza. El término "cosa juzgada", por tanto, debía substituirse por el de "declaración de certeza", que es el efecto constante de toda sentencia, al cual pueden acompañar los efectos constitutivo y ejecutivo de la sentencia de condena. Se trata de una dirección que toda la doctrina procesalista sigue (Autoridad de la Cosa Juzgada, de Pablo Migliore, Ed. Argentina de 1945, Págs. 47-49).

Hellwig y todos los de su Escuela, admiten que la declaración de certeza sólo alcanza a las partes contendientes, no a los terceros; pero aceptan, en cambio, que el eventual efecto constitutivo de la sentencia, se produce erga omnes.

La teoría procesal, como la materialista, afirma que la sentencia produce efectos en la situación jurídica extraprocesal, esto es, en la situación jurídica material; pero sostiene que el sometimiento del juez a la primera sentencia, tiene un carácter estrictamente procesal. El efecto extraprocesal de la sentencia se produce hasta que ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada.

Por virtud de un mandato público, de carácter procesal —dicen Stein y Hellwig—, mandato que para nada toca la esfera jurídica material, el juez está obligado a someterse a la declaración de certeza de la primera sentencia y debe decidir sobre la misma cosa de la misma manera; sometimiento y deber del juez que constituyen la esencia de la cosa juzgada.

A la teoría procesal nada importa la diferencia entre la sentencia justa y la que es injusta, esto es, no le interesa la contradicción eventual de la sentencia con la verdad jurídica. La situación real desconocida para la sentencia —la de todos aquellos casos a los que la resolución no alcanza—, se mantiene subsistente, como sucede, verbigracia, con los terceros, respecto de los cuales la verdad subsiste sobre la declarada en la sentencia.

Schwartz, dice que “es un principio de derecho público que la misma cosa sea decidida sólo una vez. La prohibición de volver a sentenciar sobre cosas ya decididas es firme, es el fenómeno medular de lo que llamamos cosa juzgada . . .” (tomado de la Obra de Gómez Orbaneja).

Stein niega que exista la prohibición a que alude Schwartz y más aún, afirma que la misma nada tiene que ver con la cosa juzgada. Se trata de una idea —dice—, que es residuo de la consunción del derecho romano. Debe recordarse que el principio de consunción excluye la posibilidad de un nuevo juicio sobre lo mismo ya resuelto en otro anterior, para lograr así, en forma mediata, certidumbre jurídica. En el derecho romano, según se recordará, tanto la *litis contestatio*, como la sentencia, tenían fuerza consuntiva. La consunción procesal, por la *litis contestatio*, se podía hacer valer

por la "exceptio rei in iudicium deductae" (hoy litispendencia). Pero la excepción de cosa juzgada producía asimismo certidumbre jurídica, dando a la sentencia fuerza obligatoria y vinculatoria para lo futuro. La consunción, en Roma, ya se vió que, como fenómeno referido a la sentencia, era un producto no exclusivamente de la *litis contestatio* o de la sentencia, sino del todo procesal. Pues bien, sostiene Stein que no es volver a fallar lo prohibido, sino fallar de otro modo.

Aunque Rosenberg se adhiere a la tesis de Stein y Hellwig, sin embargo piensa, con Schwartz, que fundamentalmente la cosa juzgada excluye todo nuevo proceso sobre lo ya resuelto, puesto que lo ya sentenciado no soporta nueva decisión, de tal manera que si se planteara nuevamente el mismo caso, el juez debe resolver, con base en la cosa juzgada, sin entrar al fondo mismo del asunto. Para él es la cosa juzgada un requisito procesal que el juez debe examinar del mismo modo que se ocupa de cualquier otro requisito procesal. Piensa que carece de interés jurídico todo aquel que nuevamente pide la misma declaración que en otro proceso ya solicitó y obtuvo. Se excluye el segundo proceso como consecuencia de la cosa juzgada, porque, de lo contrario, se trataría de una reproducción del primer procedimiento.

Y Neuner afirma que, aunque exista en el actor un especial interés en obrar, de todos modos no debe hacerlo, esto es, promover el mismo juicio ya decidido, porque *falta un presupuesto procesal*, de la misma manera que sucedería, verbigracia, con el presupuesto de incompetencia del juzgador (véase *La Cosa Juzgada*, de Gómez Orbaneja, Págs. 85-95, y *La Eficacia y Autoridad de la Sentencia*, de Enrico Tullio Liebman, Págs. 31-60).

Critica Tullio Liebman, la tesis expuesta con antelación, diciendo que confundir la cosa juzgada con la declaración de certeza, es confundir el efecto —la declaración—, con la cualidad del efecto, situando a cosas heterogéneas de distinta cualidad, en un mismo plano. El efecto declarativo podrá contraponerse con el constitutivo;

DE LA COSA JUZGADA EN MATERIA CIVIL

61

pero no con la cosa juzgada que puede derivarse de uno y otro. Hace notar que es fácil imaginar una declaración desprovista de la autoridad de la cosa juzgada. La declaración de certeza saca su fuerza obligatoria o su eficacia jurídica de la naturaleza autoritaria (es la voluntad imperativa del Estado) del acto que le da vida, lo mismo que sucede con las sentencias constitutivas y de condena. De donde resulta que deben distinguirse los efectos de la sentencia, según sea su naturaleza una simple declaración de certeza, constitutiva o de condena, de la cualidad de más o menos inmutabilidad e incontestabilidad con que dichos efectos se manifiestan; pensamiento que Tullio Liemban, precisa de esta manera: "En verdad, todos los posibles efectos de una sentencia (declarativo, constitutivo, ejecutivo), pueden concebirse de un mismo modo, al menos en vía puramente hipotética, como producidos independientemente de la autoridad de la cosa juzgada, sin que por esto desaparezca su esencia o su naturaleza específica. La cosa juzgada es una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad, y que tiene valor en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia".

Si se identifica la cosa juzgada con la declaración de certeza, entendiéndola como un efecto de la sentencia, distinto de los efectos constitutivo o de condena, resulta que estos últimos efectos quedan desprovistos de la autoridad del fallo, contrariando la inmutabilidad de que la ley ha querido proveer a toda sentencia. La verdad es que la sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada para todo su contenido y para todos sus efectos, no sólo para la declaración de certeza.

No se compadece que, para Hellwig, el efecto de declaración de certeza, en tanto que lo identifica con la cosa juzgada, produzca sólo efectos inter partes y que en cambio extienda a los terceros los efectos constitutivos de la misma sentencia; porque resulta contradictorio someter a los terceros sólo respecto de una parte de los efectos de la sentencia —en su parte constitutiva— y no respecto

de todos los efectos de la misma: declarativos y constitutivos; sin contar con el hecho de que igualmente resulta contradictoria la idea de una declaración de certeza con efectos constitutivos, puesto que la sentencia en tanto debe considerarse declarativa, en cuanto que simplemente fija las relaciones jurídicas tal como ellas son antes de la declaración, y no en cuanto que las modifica.

Por consiguiente, es un error definir la cosa juzgada como un efecto de la sentencia e identificarla con el efecto de declaración de certeza, contraponiéndola a los otros posibles efectos de la misma (constitutivos o ejecutivos).

La cosa juzgada corresponde a la expresión de la concreta voluntad del derecho que se manifiesta en los resolutivos de la sentencia, así sea su contenido una mera declaración de certeza o una creación o modificación de la situación jurídica material o la afirmación del derecho de prestación.

La ley concede efectos a la sentencia antes de alcanzar la autoridad de cosa juzgada. Los efectos de declaración de certeza, constitutivos y ejecutivos, pueden producirse antes de que la sentencia alcance la autoridad de la cosa juzgada; porque de otro modo no se entendería que produciéndose desde antes el efecto ejecutivo —lo cual nadie puede negar tratándose de la apelable en sólo el efecto devolutivo—, que es el más importante y grave, en cambio, no se produjeran igualmente todos los otros efectos. Además, Liebman hace notar que la jurisprudencia misma ha reconocido la eficacia de declaración de certeza, desde antes de llegar a alcanzar la cosa juzgada. De otro modo no sería posible imaginar los efectos de la sentencia, con independencia de la cosa juzgada.

En suma, debe aceptarse la opinión de Tullio Liebman, de que la eficacia jurídica de la sentencia, debe distinguirse de la autoridad de la cosa juzgada, aceptando la distinción de Carnelutti, entre imperatividad e inmutabilidad de la sentencia, puesto que ésta es imperativa y puede realizar todos sus efectos, antes de la cosa juzgada.