

**LA COSA JUZGADA COMO DERECHO
FUNDAMENTAL: ELEMENTOS PARA
UNA CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA
EXPANSIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD DE
LOS DERECHOS**

THE *RES JUDICATA* AS FUNDAMENTAL
RIGHT: ELEMENTS FOR A CRITIQUE OF
THE EXPANSION'S DOCTRINE OF THE
CONSTITUTIONAL RIGHTS

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Profesora de Derecho Procesal y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Central de Chile. E-mail: priscila.machado@ucentral.cl.

Priscila Machado Martins*

Como citar: MARTINS, Priscila Machado. La cosa juzgada como derecho fundamental: elementos para una crítica a la doctrina de la expansión de la fundamentalidad de los derechos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p.9-30, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p9. ISSN: 2178-8189.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto entregar algunos criterios para la elaboración de una crítica a la extensión de fundamentalidad al instituto de la cosa juzgada. Para ello, lo cual se ha optado por revisar la visión que defiende la naturaleza constitucional del instituto, que corresponde a aquella que entiende que la cosa juzgada es garantía de la seguridad jurídica, y por esto integraría la categoría de los derechos fundamentales. En un segundo momento,

se analiza la relación entre cosa juzgada y jurisdicción, para entonces establecer si el instituto de la cosa juzgada es revestido de fundamentabilidad. De este modo, el presente trabajo busca presentar la crítica actual de que la inflación de derechos fundamentales termina por debilitar su fuerza de exigencia.

Palabras clave: Cosa juzgada. Derechos fundamentales. Seguridad jurídica.

Abstract: The present article aims to provide some criteria for the elaboration of a critique of the extension of fundamentality to the institute of *res judicata*. For this, which has chosen to revise the vision that defends the constitutional nature of the institute, which corresponds to the one who understands that the thing judged is a guarantee of legal security, and for this would integrate the category of fundamental rights. In a second moment, the relationship between *res judicata* and jurisdiction is analyzed, to then establish if the institute of *res judicata* is covered with substantiality. In this way, the present work seeks to present the current criticism that the inflation of fundamental rights ends up weakening its force of exigency.

Keywords: *Res judicata*. Constitutional rights. Rule of law.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento legal de la cosa juzgada como derecho fundamental es una excepcionalidad atribuida a pocos ordenamientos jurídicos, y en especial al derecho brasileño, según el artículo 5º, inciso XXXVI de la Constitución Federal de Brasil. Sin embargo, muchos otros sistemas normativos dan un tratamiento al instituto desde una perspectiva constitucional. Algunos autores defienden el carácter fundamental de la cosa juzgada frente a su relación con la seguridad jurídica, garantía esta de la dignidad de la persona humana. Cierto es que la discusión sobre la naturaleza de orden constitucional y de la fundamentalidad de la cosa juzgada no es unánime.

No obstante, la tesis que acá se defiende no es aquella propia del derecho brasileño y portugués sobre la flexibilización de la cosa juzgada inconstitucional, sino que el trabajo está focalizado en establecer si es posible concebir el instituto de la cosa juzgada como un derecho fundamental y cuales son las consecuencias de esta extensión de fundamentalidad a dicho instituto.

Para esto, se analiza la relación entre el poder jurisdiccional y la cosa juzgada, para entonces definir la naturaleza de esta relación. Para que se pueda hablar sobre la cosa juzgada es necesario, preliminarmente, delinear un análisis sobre su vinculación con la naturaleza de la jurisdicción. Esto porque, para algunos doctrinadores como Enrico Allorio (1957), la cosa juzgada es presupuesto indispensable de la jurisdicción y del proceso.

Enrico Allorio (1957, p. 32 y ss.) entiende que existe una correlación necesaria e indisoluble entre la jurisdicción y la cosa juzgada, una vez que la actividad jurisdiccional viene, como actividad del Estado,

definida como aquella por la cual resulta la formación de la cosa juzgada. Por otro lado, y más contemporáneo, Marinoni entiende que la cosa juzgada es el elemento final del discurso jurídico, y que para que el proceso sea un discurso y pueda ejercer su función de tutelar derechos, es necesario que llegue a un fin, esto es, que en definitiva, tenga un punto final. Marinoni (2008, p. 61) asegura que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional significa, además de derecho a una decisión que resuelva el litigio llevando en consideración los argumentos y pruebas y, de derecho a la preordenación de las técnicas procesales idóneas para la obtención de una tutela jurisdiccional indiscutible e inmutable.

Frente a la característica de pretensión de definitividad de la jurisdicción, el argumento de que esta necesita de la cosa juzgada para afirmarse como autoridad imperativa, no está exenta de críticas. En la secuencia, analizaremos cada una de estas posibles críticas, hasta llegar a la tesis de la extensión de fundamentalidad al instituto de la cosa juzgada y la inflación de derechos fundamentales como paradojas de la teoría de los derechos fundamentales.

1 LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DE COSA JUZGADA

El modelo liberal defendía la concepción de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho alumbrado por el racionalismo ilustrado y que fue llevado en sus últimas consecuencias por el positivismo jurídico, que giraba en torno de la subordinación del juez a la ley.

En esta visión, además de ser respetuosa con el principio democrático, la separación de poderes y la protección de la libertad, este modelo ofrecía la máxima satisfacción de la seguridad jurídica, una

vez que garantizaba la previsibilidad y la ausencia de arbitrariedad. El principio de legalidad, en esta perspectiva, presuponía una ley completa, coherente y clara, de la que fuese posible deducir las normas necesarias para ofrecer una solución correcta para cada caso que se presentara. Las contradicciones, lagunas o oscuridades, serían desde este punto de vista, sólo aparentes, ya que el mismo ordenamiento jurídico contenía medios idóneos para subsanarlas: la analogía, los criterios para solucionar las antinomias, los criterios de interpretación, etc.

Se trata de una seguridad jurídica profundamente vinculada al proceso de racionalización jurídico-formal llevado a cabo por el Estado y que llegará a su máxima expresión en los códigos decimonónicos. La seguridad jurídica radicaba en la existencia de un Derecho codificado, como un proceso orientado a dotar de objetividad y formalización a los esquemas prácticos por los que guiamos nuestras conductas (ARCOS RAMÍREZ, 2000, p. 203).

Dentro de esta concepción liberal se encuentra la visión monista o sincretista, que entendía que la cosa juzgada incidía directamente en la esfera del derecho sustancial, poniéndose como una nueva fuente, un nuevo ladrillo de reglamentación de la relación establecida en juicio, creando nueva norma jurídica (VELLANI, 1958, p. 91).

En la discusión italiana, el principal exponente de la concepción monista de la naturaleza de la cosa juzgada es Carnelutti (1925, p. 453 y ss.), el cual dio la precisión de que la sentencia comportaba la emanación del comando complementar destinado a integrar la norma en el caso concreto. Sucesivamente la teoría sustancial de la cosa juzgada fue sostenida de modo aún más ortodoxo por Allorio (1935, p. 215 y ss.), Redenti (1950, p. 697), y posteriormente por Vellani (1958, p. 88 y ss.) y Busnelli (1961, p. 1317). Para Carnelutti (1925, p. 453 y ss.),

la sentencia crea una regla o norma individual para el caso concreto, que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, siendo esta la base de la concepción monista o constitutiva.

La necesidad de reconocer la cosa juzgada como integrante del derecho material, o confundir el derecho material con el derecho procesal, era exactamente buscar que con esto la cosa juzgada pudiera corresponder a la seguridad jurídica. En esta concepción liberal, la cosa juzgada era sinónimo de seguridad jurídica, una vez que era instrumento de integración del derecho material.

2 LA CONCEPCIÓN QUE DEFIENDE LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL AL INSTITUTO DE LA COSA JUZGADA

La concepción neoconstitucionalista de seguridad jurídica no se distingue tanto de la concepción liberal, pues mantiene el foco en la seguridad jurídica. Para esta visión, la seguridad jurídica es una exigencia fundamental para proporcionar claridad, precisión y estabilidad a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, sin la cual no sería posible viabilizar la paz social. Esta debe proporcionar una cierta constancia de las relaciones jurídicas y del orden jurídico como tal.

Un Estado de Derecho solamente existe en la medida que reconoce la existencia de normas que lo rige. Las reglas en este modelo de Estado deben necesariamente ser previamente definidas y moldeadas de manera que exista una coherencia jurídica capaz de generar seguridad y confiabilidad a los ciudadanos acerca del planeamiento de sus conductas y del Derecho exigible. Neil Maccormick (2008, p. 17) entiende que “[...] todo esto establece una moldura capaz de proporcionar previsibilidad en la vida de las personas y razonable protección contra intervenciones

arbitrarias tanto de los agente públicos como de ciudadanos”.

El profesor portugués J.J. Gomes Canotilho (1991, p. 374), nos recuerda que los principios de seguridad y de confianza jurídica son inherentes al Estado de Derecho, ocasionando una dimensión objetiva del orden jurídico, cual sea, “[...] la durabilidad y permanencia del propio orden jurídico, de la paz jurídico social y de las situaciones jurídicas”. Para el referido jurista, los principios de la protección de la confianza y de la seguridad jurídica pueden formularse así: el ciudadano debe poder confiar en que a los actos o a las decisiones públicas incidentes sobre sus derechos, posiciones jurídicas y relaciones, practicados o tomados de acuerdo con las normas jurídicas vigentes, se conectan efectos jurídicos duraderos, previstos o calculados con base en las mismas normas (CANOTILHO, 1991, p. 373).

La seguridad jurídica exige la confiabilidad, claridad, racionalidad y transparencia de los actos del poder público, como también la seguridad de cada individuo en lo que atañe a su autonomía y a los efectos jurídicos de sus actos. En este sentido, exige una cierta continuidad del Derecho, de manera objetiva, y en consecuencia, una seguridad subjetiva de la protección de la confianza del ciudadano de continuidad del orden jurídico, para seguridad individual de su posición jurídica (ROSA TESHEINER, 2002, p. 79 y ss.).

En este contexto, la seguridad jurídica, es el mínimo existencial y condición para una organización libre, igual y solidaria. Ella hace posible la vida en sociedad con garantías y la posibilidad de comunicación con los demás individuos de la sociedad, sin sobresaltos, temor o incertidumbres (PECES-BARBA; FERNÁNDEZ; DE ASÍS; 2000, p. 325). Por otra parte, cada individuo que compone la sociedad necesita que el Estado y los terceros actúen conforme a lo determinado por el

Derecho, surgiendo como correlato al incumplimiento, el derecho a la proposición de las medidas judiciales para la efectivación de la tutela. La seguridad jurídica asimismo es de gran importancia para que cada ciudadano pueda determinar su propio comportamiento y conocer las consecuencias de sus acciones.

La concepción que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental implica en reconocer que la seguridad es indisociable de la concepción de dignidad de la persona humana. En un Estado donde existe inestabilidad jurídica, provoca que los individuos no se encuentren en condiciones de confiar en las instituciones públicas y sociales, incluyendo el Derecho, y una cierta inestabilidad de su propia condición jurídica, ofende directamente el derecho a la dignidad de la persona humana.

Desde este punto de vista, la dignidad de la persona humana como una cualidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona contra todo y cualquier acto de naturaleza degradante y deshumano, la garantía de condiciones mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de su propia existencia y de la vida en comunión con otros seres humanos (SARLET, 2002, p. 62), no podrá ser respetada en un ordenamiento en que reina la inestabilidad jurídica, y en consecuencia no le sea garantizado un mínimo de seguridad y tranquilidad, donde pueda confiar en las instituciones estatales y sociales, considerando el Derecho, y una estabilidad de su posición y condición jurídica en dicho orden jurídico.

Para el calificativo fundamental está la indicación de que se trata de situaciones sin las cuales la persona humana no se realiza, no

convive; derechos fundamentales del hombre, en el sentido de que todos los individuos, por igual, deben ser, no sólo formalmente reconocidos, sino concreta y materialmente efectivados (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 157).

La visión que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental afirma que el instituto de la cosa juzgada es un elemento de existencia del Estado Democrático y un derecho fundamental del individuo, correlativo al derecho fundamental a la seguridad jurídica. Urge traer a la discusión las consideraciones de Nelson Nery Junior (2004, p. 44) que asevera que cuando se dice intangibilidad de la cosa juzgada, no se debe dar al instituto tratamiento jurídico inferior, de mera figura del proceso civil, reglamentada por ley ordinaria, sino, al contrario, debe imponerse el reconocimiento de la cosa juzgada con la magnitud constitucional que le es propia, o sea, elemento formador del estado democrático de derecho.

Dicho concepto, en esta visión, gozaría de prestigio constitucional, pues aseguraría la estabilidad de las relaciones sociales normadas por la sentencia de mérito firme, integrando el concepto de dignidad de la persona humana. Según las palabras de Endicott (2006, p. 286), “[...] la terminación de la adjudicación es una condición del imperio de la ley. Los ciudadanos pueden actuar de acuerdo a Derecho incluso sin estar obligados a ello. Pero no pueden actuar de acuerdo Derecho en la medida en que las disputas jurídicas no tienen final”.

De este modo, para la tesis que defiende la fundamentalidad de la cosa juzgada, esta es el instituto jurídico que integra el contenido del derecho fundamental a la seguridad jurídica, asegurado en todo Estado Democrático de Derecho. Garantiza al ciudadano que la decisión final dada a su demanda será definitiva, no pudiendo ser otra vez discutida,

alterada o irrespetada, sea por las partes o por el propio poder judicial.

En Chile, Hugo Pereira Anabalón (1997, p. 34) en defensa del reconocimiento de la cosa juzgada como derecho fundamental, entiende que la sentencia firme o ejecutoriada, al declarar jurisdiccionalmente un derecho, lo hace inmutable o inmodificable por todos, incluyendo los poderes ajenos o extraños a la jurisdicción, sin duda, se constituye en un factor de contención y un límite al ejercicio de estos otros poderes: se aloja, por tanto, en ese dispositivo para el control del proceso del poder que es la Constitución.

La cosa juzgada fue constitucionalmente protegida en algunos países de la América Latina, como el artículo 29 de la Constitución de Colombia, o como en Perú, en el artículo 139, donde establece en su n. 13 que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. Por otro lado, como podemos denotar en el derecho italiano, la cosa juzgada está revestida de protección constitucional, mismo que no tenga sido aprobado el texto propuesto en la Asamblea Constituyente italiana, en referencia al artículo 104, según el cual determinaba que “[...] la sentencia no más sujeta a impugnación de cualquier especie no puede ser anulada o modificada, incluso por acto legislativo, salvo en el caso de la ley penal abrogativa o de amnistía, gracia y perdón” (CAPONI, 2009, p. 2828).

3 LA RELACIÓN ENTRE LA COSA JUZGADA Y LA JURISDICCIÓN

Por otro lado, cuando se afirma que la cosa juzgada es un

instituto que tiene fundamento en la seguridad jurídica y que en este sentido es la garantía de la estabilidad de la decisión, queremos decir que esta seguridad puede existir independientemente de la cosa juzgada. El ordenamiento jurídico no necesita únicamente de la cosa juzgada para la protección de la seguridad jurídica. Muchos otros institutos de derecho procesal pueden actuar de este modo, como por ejemplo, la preclusión y el desasimio del tribunal y de algún modo el precedente. Todos estos institutos, así como la cosa juzgada, tratan de asegurar la garantía a la seguridad jurídica.

Por otro lado, las decisiones jurisdiccionales que juzgan los conflictos, y así ponen fin a los procesos, son revestidas de los atributos de la definitividad o son dotadas de las características de la indiscutibilidad o de la inmutabilidad. La existencia de conflictos entre los individuos de determinada sociedad y la imposibilidad de los propios ciudadanos realizaren justicia con las propias manos, obliga al Estado a manifestar su poder jurisdiccional. Este poder es un poder indispensable a la estabilidad de la vida social, que de otro modo terminaría por ser constituida de conflictos interminables (MARINONI, 2008, p. 130).

Luiz Guilherme Marinoni, Álvaro Pérez Ragone y Raúl Núñez Ojeda (2010, p. 129) explican que la sociedad precisa de la jurisdicción, no sólo porque los ciudadanos no tienen condiciones de auto-resolver sus conflictos, sino especialmente porque una sociedad, en la cual están presentes conflictos de toda clase, obviamente no puede desarrollarse armónicamente. Por eso, la jurisdicción no es sólo un medio de resolver litigios, sino, fundamentalmente, una manifestación estatal para eliminarlos, o mejor, a solucionarlos definitivamente, haciendo que los propios interesados reconozcan su fin.

Esta característica de la jurisdicción de definitividad es lo que

promueve la defensa de la naturaleza constitucional de la cosa juzgada. Pero ¿efectivamente es la cosa juzgada un derecho fundamental por asegurar la seguridad jurídica?

Como antes mencionado, la función de garantía de la seguridad jurídica por si sola no hace que determinado instituto se revista de fundamentalidad. De hecho, la cosa juzgada no es necesariamente un resultado de la jurisdicción. Dos juristas italianos de destaque defendían esta posición: Giuseppe Chiovenda y Enrico Tullio Liebman.

Chiovenda (1993, p. 400) afirmaba que “[...] es importante no nos olvidarnos nunca de esta simple consideración: la verdad que puede ser confirmada en recentísimos estudios sobre derecho antiguo, que revelan, por ejemplo, en las orígenes del derecho noruego, ser completamente ignorado el principio de la cosa juzgada”. Y en otra oportunidad, el referido maestro italiano mencionaba que la cosa juzgada no es absoluta ni necesaria, dependiendo de razones de conveniencia y oportunidad, porque existe una relación natural entre la amplia cognición y la cosa juzgada (CHIOVENDA, 1993, p. 399-400).

Liebman (1984, p. 34-35), por otro lado, cuando discurre sobre la separación conceptual entre la cosa juzgada y los efectos de la sentencia, afirma que para pensar diversamente, deberíamos sostener que la cosa juzgada fuera carácter esencial y necesario de la actividad jurisdiccional y, por lo tanto, imposible imaginar el efecto de la sentencia independientemente de la cosa juzgada. Tanto esto es cierto (la separación entre cosa juzgada y los efectos de la sentencia) que hay ejemplos de procesos antiguos en que era la sentencia infinitamente recurrible; y aun hoy, según el derecho canónico, las sentencia en materia de estado no logran jamás la autoridad de cosa juzgada.

Teresa Wambier y Garcia Medina (2003, p. 20) igualmente

reconocen la independencia de los institutos, defendiendo que “[...] la idea de la cosa juzgada hoy está conectada como regla general a de la jurisdicción. Esta conexión existe como regla general, sin embargo, sea concebible no solamente decisión jurisdiccional, como también la propia función jurisdiccional, sin cosa juzgada”.

Así, la cosa juzgada no está ontológicamente conectada al ejercicio de la jurisdicción. Corroborando con lo que acá se defiende, Remo Caponi (2011, p. 13) explica que “[...] la tutela jurisdiccional del derecho se realiza hoy principalmente a través de la eficacia imperativa de la prestación jurisdiccional y no conduce necesariamente a la cosa juzgada”. La cosa juzgada en este sentido no tiene por fin la tutela de los derechos, como lo es la finalidad de la jurisdicción, sino más bien la permanencia y la estabilidad de esta tutela en el tiempo.

Este pensamiento es avalado por las consideraciones de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (2014, p. 905), quien afirma que la cosa juzgada no está ontológicamente conectada al ejercicio de la jurisdicción, por lo que es necesario establecer en que nivel se firma esta relación. Según nuestro modo de ver, este vínculo es teleológico, pues la adopción de la cosa juzgada por los ordenamientos jurídicos visa la preservación de valores socialmente relevantes.

También el profesor italiano Francesco P. Luiso (2010, p. 99-107) asevera que no es en absoluto cierto, entonces, que a ella [la jurisdicción] sólo le compete aquella fuerza, la fuerza de cosa juzgada, idónea para agotar cada potestad de juicio sobre aquel específico fragmento de vida y a romper de modo irreversible y para todos los efectos el nexo entre la hipótesis de hecho concreta y aquella abstracta. Esto porque, para el referido autor, el mismo resultado es conseguido también por la transacción.

Sonia Calaza López (2009, p. 74) explica que los actos de finalización del proceso mediante la disposición subjetiva de la pretensión, como la renuncia a la acción y el allanamiento, resueltos mediante sentencia, o, en su caso la transacción y la conciliación, resueltos mediante auto de homologación judicial de los acuerdos adoptados por las partes, también producen entre las partes plenos efectos de cosa juzgada.

De este modo, no es posible la definición de la jurisdicción en referencia a la formación o no de la cosa juzgada, pues otros institutos pueden determinar la definitividad de la jurisdicción.

4 ELEMENTOS PARA UNA CRÍTICA HACIA LA DEFENSA DE LA COSA JUZGADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Uno de los primeros argumentos que utiliza la doctrina para la defensa de la cosa juzgada como derecho fundamental es de que la decisión judicial no tendría fuerza entre las partes, si no hubiera intrínsecamente, la seguridad de que aquella situación no sería más discutida (MARINONI, 2008). Frente a este argumento se puede afirmar que, en referencia a Remo Caponi (2011), que la cosa juzgada no tiene por finalidad la tutela de los derechos, sino que la permanencia de este en el tiempo. Es la sentencia, por su fuerza imperativa, puede tutelar los derechos por medio de la ejecución provisoria, por medio de la homologación de la conciliación y la transacción. La cosa juzgada es solamente la garantía de que esta tutela pueda mantenerse en el tiempo.

Igualmente, la posición que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental, ignora la posibilidad de la formación de la cosa juzgada *secudum eventus litis*, siendo que en relación a un resultado

habría la formación de la cosa juzgada y frente a otro resultado no, como en los casos de decisiones de derechos colectivos, y en el caso de Chile, el del artículo 54 de la Ley de Protección al Consumidor, n° 19.955, que establece que “[...] la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes, con excepción de aquellos procesos que no hayan podido acumularse conforme al número 2) del inciso final del artículo 53, y de los casos en que se efectúe la reserva de derechos que admite el mismo artículo”.

Otro argumento utilizado por aquellos que defienden la naturaleza constitucional de la cosa juzgada se encuentra en afirmación de que la garantía de la cosa juzgada representa un verdadero blindaje (PORTO, 2006). En referencia a este argumento, a mucho tiempo se defiende que la cosa juzgada como blindaje es un mito, no más defensible en la época moderna (NIEVA FENOLL, 2010). La jurisdicción, actualmente mucho más preocupada con el resguardo del debido proceso y la participación de las partes, impone que la cosa juzgada esté relacionada con las condiciones en que se estableció el contradictorio, pues solo pueden ser inmutables las decisiones que observaron dicho principio (SOARES, 2009).

No obstante, Habermas entiende que frente al Estado Constitucional, el modelo clásico de ley desaparece y, junto a leyes clásicas, surge un amplio espectro de formas jurídicas: leyes especiales, leyes temporales experimentales, directivas de regulación amplia, conceptos jurídicos indeterminados, etc. A ello debe añadirse la crisis de la concepción clásica de la separación de los poderes y a la falta de control de constitucionalidad sobre la actuación de la Administración.

Al asumir la regulación de esferas más complejas de la vida social, los legisladores se ven obligados a apoyarse en amplios

resultados, en delegaciones de poder orientadas a la consecución de objetivos y estándares jurídicos vagos. En este modelo, aparece un Derecho desformalizado, con flexibilidad para que la Administración y los tribunales ejerzan sus funciones frente a los diferentes problemas propios del capitalismo actual.

Habermas (1996, p. 431-435) sostiene que el deterioro de la formalidad del Derecho, que el menoscabo de su seguridad, contribuyó a hacer posible el Estado del Bienestar, sin que ello suponga una pérdida de legitimidad del Derecho. Estima el referido autor que, no es la forma semántica de las normas jurídicas sino su forma de elaboración, el elemento clave de la racionalidad y legitimidad jurídica del Estado de Derecho, y lo que permite hablar de una verdadera legitimidad por medio del procedimiento.

De este modo, la cosa juzgada no es garantía de legitimidad porque torna el derecho o la tutela efectiva inmodificable, sino que la cosa juzgada se traduce en el respeto o una de las características del debido proceso. La cosa juzgada en este sentido gana una connotación esencialmente instrumental al derecho material, y un de los derechos que forman el debido proceso legal (HABERMAS, 1989, p. 178-180 y 225).

5 EL PROBLEMA DE LA EXTENSIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD AL INSTITUTO DE LA COSA JUZGADA

Desde hace tiempo, los ordenamientos jurídicos tienen minado la esencia del Derecho, con la superinflación de derechos fundamentales. Cualquiera hoy puede formular una reivindicación presentándola bajo la definición de “derecho fundamental”. A cada reforma legislativa o

constitucional se van introduciendo en los ordenamientos jurídicos un nuevo inventario de derechos fundamentales, para concretizar aquellos derechos anteriormente no concretizados.

Este fenómeno de multiplicación de los derechos fundamentales representa una paradoja sobre la esencia de ellos: su naturaleza principal, necesaria, fundamental. Más concretamente, Francisco Laporta (1987), utiliza la figura de las paradojas para describir determinadas dificultades con las que se encuentra en la actualidad la filosofía de los derechos fundamentales. Señala como se está produciendo un fenómeno caracterizado por el aumento del número de derechos a los que se añade el calificativo de fundamentales. Esta circunstancia, según el referido profesor, plantea una paradoja, que podríamos denominar como de la multiplicación, cuyo significado es reconducible a la idea de que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de los derechos que la justifiquen adecuadamente.

Por otro lado el profesor Jorge Iván Hübner Gallo (1993, p. 90) advierte que este último punto adquiere especial importancia en una época, como la nuestra, en la que estamos presenciando una acelerada y creciente inflación de tales derechos. Hoy en día, se tiende frecuentemente a atribuir a cualquier tipo de aspiraciones, más o menos justificadas, el carácter de derechos fundamentales, con lo que se las reviste de un prestigio que no les corresponde y se les otorga el aparente sellos de unas exigencias insoslayables.

De estas consideraciones proviene la pregunta, ¿cuáles son las ventajas en elevar a la categoría de fundamental el derecho a la cosa juzgada? Si es así, ¿todas las decisiones jurisdiccionales tienen que estar

revestidas de la protección de la cosa juzgada, y en este sentido la cosa juzgada material?

Lógicamente que la respuesta debe ser negativa. No todas las decisiones definitivas proferidas por el poder jurisdiccional deben estar cubiertas por los efectos de la cosa juzgada (material), al ejemplo de los procedimientos no contenciosos y la formación de la cosa juzgada formal en los procedimientos sumarios. Pero aún persiste la pregunta sobre si es necesaria la categoría de fundamental a la cosa juzgada. Actualmente, la cosa juzgada está relativizada sea frente a los procedimientos de tutela rápida, donde se formaría la cosa juzgada formal o frente a la cosa juzgada “inconstitucional”.

Robert Alexy (2008, p. 239) destaca que “[...] los derechos humanos no protegen todas las fuentes y condiciones del bienestar que puedan imaginarse, sino sólo intereses y necesidades fundamentales”. Como vimos anteriormente, la relación entre la cosa juzgada y la jurisdicción no es de naturaleza ontológica, y en este sentido, la actividad jurisdiccional puede no resultar en la formación del referido instituto.

Esta posibilidad de relación entre el tipo de procedimiento, de cognición o la posibilidad de participación de las partes en la formación de la decisión, influyen lo que podrá o no estar revestido por la cosa juzgada. Esta variación en su aplicación revela una ausencia en si misma de fundamentalidad. De este modo, entendemos no ser posible considerar el instituto de la cosa juzgada como derecho fundamental, frente a la ausencia de fundamentalidad, propia de tales derechos.

CONCLUSIONES

El centro de nuestro estudio es la naturaleza del derecho a la cosa

juzgada y si esta posee el carácter de derecho fundamental. La visión que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental entiende que el instituto de la cosa juzgada es un elemento de existencia del Estado Democrático y un derecho fundamental del individuo, correlativo al derecho fundamental a la seguridad jurídica. Como antes mencionado, la función de garantía de la seguridad jurídica por si sola no hace que determinado instituto se revista de fundamentalidad. El problema de elevar a la categoría de derecho fundamental el instituto de la cosa juzgada es de generar mayor inflación de derechos fundamentales. Por otro lado, dicha tendencia está va en contramano al actual tratamiento del instituto y su relativización en diversos tipos de procedimientos. De este modo, la cosa juzgada no posee la naturaleza de derecho fundamental, y su extensión, si no exagerada, acaba por diluir la idea de fundamentalidad de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Milano, Cedam, 1935, v. 12.

_____. **La cosa juzgada frente a terceros**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

_____. Saggio polémico sulla giurisdizione volontaria. In: **Problemi di diritto**. Milano: Giuffrè, 1957. t. II.

BUSNELLI, Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata. **Revista Trimestrale de Diritto Processuale Civile**, 1961, p. 1317.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPONI, Remo, “Corti europee e giudicati nazionali”. **Atti del XXVII Convegno nazionale dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Corti europee e giudici nazionali** (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1925, IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. In: **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.

ENDICOTT, Timothy A. O. **La vaguedad en el derecho**. Madrid: Dykinson, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

HÜBNER GALLO, Jorge Iván. **Los derechos humanos**. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. **Doxa**, n. 4, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUISO, Francesco P. Los efectos del laudo y los efectos de la sentencia. **Thémis Revista de Derecho**, Lima, n. 58, p. 99-107, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elvier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl. **Fundamentos del proceso civil**: hacia una teoría de la adjudicación. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada**. Lima: Communitas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La cosa juzgada**: el fin de un mito. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; DE ASÍS, Rafael. **Curso de teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo. **La cosa juzgada en el proceso civil**. Santiago: Editorial Jurídica, 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 2006.

REDENTI, Enrico. Il giudicato su punto di diritto. In: **Scritti giuridiche in onoredi F. Carnelutti**. Padova: Cedam, 1950.

RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo. **Coisa julgada e segurança jurídica**.

In: AURELLI, Arlete Inês; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard; DELFINO, Lucio y otros. **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional**. Coimbra: Almedina, 2009.

VELLANI, Mario. **Appunti sulla natura della cosa giudicata**. Milano: Giuffrè, 1958.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

Como citar: MARTINS, Priscila Machado. La cosa juzgada como derecho fundamental: elementos para una crítica a la doctrina de la expansión de la fundamentalidad de los derechos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.9-30, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p9. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 11/12/2016

Aprovado em: 29/03/2017