

DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO

THE CONCEPT OF JURISDICTION IN THE DELIBERATIVE DEMOCRATIC STATE

O CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO

<i>Recebido em:</i>	12/01/2018
<i>Aprovado em:</i>	10/04/2018

Priscila Machado Martins*

RESUMEN

Desde hace mucho que el derecho procesal dejó el individualismo, al consolidarse una concepción publicista del proceso. De este modo, al admitirse que el derecho procesal corresponde a una rama del derecho público, es fuerza identificar también en el ejercicio de la jurisdicción, una manifestación del deber del Estado por lograr objetivos que le son propios y que preceden a los intereses particulares de las partes involucradas, obedeciendo también, por lo tanto, a objetivos políticos y sociales, entre los cuales, en el contexto de los

* Doctora en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Secretaria Ejecutiva de Postgrado y Educación Continua de la Universidad de los Andes, Chile; Profesora de derecho procesal constitucional en la Universidad de los Andes; Investigadora responsable por el Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11170502, Gobierno de Chile; email: pmachado@uandes.cl



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

Estados Democráticos, debemos destacar el de asegurar la participación popular a través del proceso¹. En una concepción deliberativa y democrática de Estado de Derecho, a diferencia de aquel concepto propio del contexto del liberalismo clásico, el principio democrático no se satisface con el solo ejercicio de su faz representativa en la instancia legislativa de participación popular, ni tampoco mediante el derecho de votar y ser elegido. Otros medios para presionar, influir y reivindicar posiciones y decisiones estatales deben ser fomentados como forma legítima de participación, a través de vías que fomenten el aumento de los canales de inserción política del individuo, como por ejemplo, por medio de la iniciativa popular de leyes, la regulación plebiscitos y referendos, como también en el ámbito del derecho procesal mediante de la ampliación de posibilidades del ciudadano periférico y menesteroso de acceder a la justicia².

Palabras clave: proceso; jurisdicción; estado; democracia.

ABSTRACT

For a long time, procedural law has left individualism, when a publicist conception of the process has been consolidated. Thus, by admitting that procedural law corresponds to a branch of public law, it is also forceful to identify in the exercise of jurisdiction, a manifestation of the duty of the State to achieve objectives that are its own and that precede the particular interests of the State. the parties involved, also obeying, therefore, political and social objectives, among which, in the context of the Democratic States, we must emphasize that of ensuring popular participation through the process. In a deliberative and democratic conception of the State of Law, unlike that concept proper to the context of classical liberalism, the democratic principle is not satisfied by the mere exercise of its

¹ RANGEL DINAMARCO, (2009), pp. 81 y ss.

² CAPPELLETTI y G. GARTH (1996).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

representative face in the legislative instance of popular participation, nor by the right to vote and be elected. Other means to pressure, influence and claim positions and state decisions should be encouraged as a legitimate form of participation, through ways that encourage the increase of the channels of political insertion of the individual, as for example, through the popular initiative of laws , the regulation of plebiscites and referendums, as well as in the field of procedural law through the extension of possibilities of the peripheral and needy citizen to access justice.

Keywords: process; jurisdiction; state; democracy.

RESUMO

Durante muito tempo, o direito processual deixou o individualismo, quando uma concepção publicista do processo foi consolidada. Assim, em reconhecimento de que a lei processual corresponde a um ramo do direito público, é a força também identificados no exercício da jurisdição, uma manifestação do dever do Estado para atingir as metas que são apropriados e que precedem os interesses particulares de as partes envolvidas, obedecendo também, portanto, objetivos políticos e sociais, incluindo no contexto de estados democráticos, devemos destacar garantir a participação popular através do processo .Em uma concepção democrática deliberativa de Estado de direito, ao contrário do que próprio conceito do contexto do liberalismo clássico, o princípio democrático não está satisfeito com o mero exercício do seu rosto representante no órgão legislativo da participação popular, nem pelo direito de votar e ser eleito. Outros meios para pressionar, influenciar e afirmar posições e decisões do Estado devem, ser encorajados como uma forma legítima de participação, através de caminhos que estimulem o aumento canais de integração política do indivíduo, tais como por meio de leis de iniciativa popular , a regulamentação dos plebiscitos e



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

referendos, bem como no campo do direito processual, através da ampliação das possibilidades do cidadão periférico e necessitado de aceder à justiça.

Palavras-chave: processo; jurisdição; estado; democracia.

1. EL PROCESO DE DECISIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO

La filosofía política se ha preocupado de este tema, desarrollando la idea de democracia deliberativa en los procesos estatales, reconduciendo la concepción de democracia a la de legitimación a través del discurso. La toma de decisiones políticas deben ser siempre precedidas de un procedimiento comunicativo que posibilite, sujeto a las reglas del debate, el surgimiento del consenso racional sobre la acción, así, la democracia deliberativa se fortalece en la medida que las decisiones estatales se sujetan a un marco que garantiza una discusión previa, argumentativa y pluralista.

El concepto de democracia en este sentido, pasa a ser entendido por medio de presupuestos comunicativos dinámicos, esto es, a través del diálogo intersubjetivo. Luego, se hace necesaria la institucionalización de los procedimientos deliberativos para la formación de la voluntad estatal, ampliando la arena de la discusión pública³.

El profesor CALMON DE PASSOS destaca que en la esfera de la concepción publicista de la jurisdicción, *el proceso representa otro escenario de debate público, más un canal pluralista de desarrollo de la democracia deliberativa, siendo el principio del contradictorio el vector procesal normativo que realiza este objetivo*⁴.

En efecto, el derecho de influencia justifica también los principios de la oralidad y de la identidad física del juez, pues el debate oral humaniza las manifestaciones de los sujetos

³ HABERMAS (2008), p. 379 y ss.

⁴ CALMON DE PASSOS (1988), p. 95.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

procesales, de modo que la influencia puede darse por medio de la emoción, y elocuencia, que solamente de modo personal pueden ser transmitidos⁵. Además, el juez que tuvo contacto personal, y pudo ser influenciado por los argumentos de las partes, es aquel que obtiene las mejores condiciones para decidir.

Esta estructura de poder considera a la actividad decisoria como la manifestación por excelencia de la *suprema potestas* del Estado. El ente estatal formula decisiones fijando normas de conducta y las aplica; decide no solamente cuando legisla, sino que en toda actuación del proceso político, administrativo y jurisdiccional⁶.

El profesor Antonio DO PASSOS CABRAL explica que *la mayor expresión del poder político estatal es la fuerza de la decisión, lo que justifica la postura metodológica de algunos autores en identificar esta capacidad de imponer decisiones coactivamente, sobreponiendo su fuerza a los demás, con el propio poder del Estado*⁷.

Asimismo, si el proceso se constituye como uno de los escenarios en que el Estado produce decisiones vinculantes, los sujetos procesales, por medio de sus manifestaciones, ejercen profunda influencia en el ejercicio del poder estatal. En la esfera procesal, la dinámica del poder incluye la práctica de la influencia. Si las decisiones de los magistrados son vinculantes e imperativas, como manifestación del poder, los actos de los sujetos procesales se incluyen en el espectro que influye en la decisión⁸.

⁵ CALAMANDREI, Piero, (1965), p. 559.

⁶ ZANZUCCHI (1964), p. 3-5; Cfr. RANGEL DINAMARCO (2009), pp. 90 y ss.

⁷ Trad. libre de DO PASSO CABRAL (2011), p. 198.

⁸ TARZIA (1994), p. 60, en que se afirma que el contradictorio comprende poderes que corresponden a la *possibilità di partecipare ativamente allo svolgimento de processo e pertanto di influire sui provvedimenti del giudice*; Cfr. GRECO (2003), pp. 32-33.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

2. LA VISIÓN LIBERAL DE LA JURISDICCIÓN

La concepción de jurisdicción vinculada a la función de dar actuación a los derechos subjetivos individuales, obedece a la influencia ideológica del modelo liberal, sometido a los principios de la igualdad en la forma, libertad individual y el principio de separación de los poderes como mecanismo de subordinación del poder ejecutivo como de la judicatura a la ley⁹.

El modo más radical de liberalismo defendía la idea de la ley como medio de protección contra la coerción arbitraria, pues para esta ideología, la seguridad era el único principio político aceptado, y su función era garantizar la paz por medio de la limitación del Estado por la ley.

El liberalismo asumía que cada individuo tenía el derecho de perseguir sus objetivos libremente, protegido de la intervención de los demás¹⁰. El profesor brasileño Luiz Guilherme MARINONI revela que *el Estado Liberal de Derecho, ante la necesidad de frenar las arbitrariedades del régimen anterior, construyó el principio de la legalidad como fundamento para su imposición. Este principio elevó la ley a un acto supremo, buscando eliminar las tradiciones jurídicas del absolutismo y del ancien régime*¹¹.

En efecto, el principio de la legalidad pasó a representar un criterio de identificación del Derecho, donde este estaría solamente representado en la norma jurídica, cuya validez no dependería de su correspondencia con la justicia, sino solamente del hecho de ser

⁹ En referencia a la posición liberal, encontramos en el derecho administrativo la noción de interesado para García de Enterría, que entiende que *en todos estos casos la condición de interesado se sustenta por sí sola en la titularidad del derecho subjetivo, que por ser tal y existir con anterioridad a la iniciación misma del procedimiento que se trate, comporta una correlativa obligación (de respeto al menos) por parte de la Administración, que hace innecesaria la adopción por el particular de iniciativa alguna a estos efectos*. En: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 492.

¹⁰ MANIN (1987), p. 339.

¹¹ MARINONI, (2006), p. 23.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

producida por la autoridad competente, desembocando en el sentido normativista propuesto por KELSEN¹².

Por otro lado, el principio de la legalidad se relaciona estrechamente con el principio de la libertad, pues la Administración solamente está facultada para hacer lo que la ley la autoriza, siendo este el modo por el cual el principio de la legalidad protege la libertad de los individuos contra los abusos del poder público.

El profesor Jürgen HABERMAS asevera que el modelo liberal *aspira a escudar a las personas privadas en sus entornos sociales espontáneos frente a las intervenciones de un poder estatal paternalista. El Estado Constitucional sirve esencialmente para proteger a los individuos que adoptan y siguen sus propios planes de vida, sumamente personales. Lo que aparece en primer plano es la domesticación del poder público con el Estado de Derecho, mientras que el proceso democrático tiene una función bien más discreta*¹³.

En esta perspectiva, claramente la jurisdicción era vista como un medio de viabilizar institucionalmente la reparación del daño civil, ya que en esta época no se admitía que se pudiera conceder la tutela antes que una acción humana hubiese violado el ordenamiento jurídico. Al concepto de jurisdicción, en este período, no se le incluía la necesidad de la tutela preventiva, quedando restringida a la reparación concreta del derecho violado. Dicho marco explicativo era insuficiente para explicar la naturaleza de la jurisdicción constitucional, lo que provocó dudas a su respecto. En efecto, si la jurisdicción constitucional no buscaba tutelar el derecho subjetivo privado, entonces no podría ser considerada jurisdicción. Por ello, las actividades realizadas por los Tribunales

¹² Cfr. KELSEN (1999); Críticos a la desvinculación de la norma jurídica a la justicia: RADBRUCH (2002); Cfr. ALEXY (2003), pp. 161-173.

¹³ HABERMAS (2009), p. 139; Cfr. HABERMAS (1995), pp. 39-53; Sobre el liberalismo y la democracia deliberativa ver: GUTMANN (1995), pp. 5-37.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

Constitucionales no eran vistas como verdadera jurisdicción, simplemente porque no resguardaban los derechos subjetivos individuales.

3. LA VISIÓN REPUBLICANA DE LA JURISDICCIÓN

Posteriormente, con la teoría de Giuseppe CHIOVENDA, la visión de que la jurisdicción tenía la función de proteger derechos subjetivos privados, fue de cierta manera superada, reemplazándose por aquella que la entiende como la función de garantizar la actuación de la voluntad de la ley. Esta segunda posición, revela la preocupación en vincular el concepto de jurisdicción con el poder de afirmar el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Su propósito toma una connotación publicista del proceso, dejando en cierto modo atrás, el original compromiso privatista del mismo.

Según CHIOVENDA, la jurisdicción *consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual, de todos los ciudadanos, por la actividad intelectual del juez al afirmar existente o inexistente una voluntad concreta de ley en relación a las partes*¹⁴. Para el referido autor, el poder estatal se encontraba en la ley, y que la jurisdicción solamente se manifiesta a partir de la revelación de la ley, pues entendía que la función del juez era aplicar la voluntad de la ley al caso concreto.

Esta posición es consistente con los valores del Estado Republicano que incorporó el humanismo del Renacimiento y que influyó en la Revolución americana, y sobre todo en la Revolución Francesa por medio de Jean Jacques ROUSSEAU, lo que encuentra su mayor expresión en el principio de la soberanía popular y la supremacía del parlamento.

Como asevera HABERMAS, *el poder de gobierno no tiene simplemente que ser juridificado para hacerlo depender de los intereses de los ciudadanos de una comunidad que*

¹⁴ CHIOVENDA (1922), p. 365.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

ya ha sido constituida pre políticamente. De acuerdo con la concepción republicana, lo que es constitutivo para el contexto de vida social en su conjunto es más bien el poder del Estado que se reproduce y se justifica a sí mismo un poder estatal que procede del pueblo y que se reanuda en el proceso democrático¹⁵.

Lo que diferencia la concepción liberal de la concepción republicana es, primeramente, el concepto de ciudadano. Conforme la concepción liberal, el *status* de los ciudadanos es definido por los derechos subjetivos que poseen frente al Estado y los otros individuos. En la condición de titulares de derechos subjetivos, los ciudadanos gozan de la protección del Estado en la medida en que se desarrollan en virtud de sus intereses privados dentro de los límites establecidos por la ley. Los intereses políticos, en este aspecto, siguen la misma lógica: ellos permiten a los ciudadanos hacer valer sus intereses privados, por medio de elecciones, hasta que se forme la voluntad política capaz de ejercer una efectiva influencia sobre la administración pública.

Por otro lado, conforme la concepción republicana, el *status* del ciudadano no es definido por este criterio. En este modelo de Estado, no se garantiza la libertad de coacciones externas, sino la participación en una práctica común, cuyo ejercicio es lo que permite a los ciudadanos convertirse en lo que quieren ser: autores políticos responsables de una comunidad de personas libres e iguales¹⁶.

De este modo, en esta visión, la justificación de la existencia del Estado no se encuentra en la protección de los derechos subjetivos privados e iguales, sino en la garantía de existencia de un proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad política que los ciudadanos libres e iguales acordaron sobre los fines y normas correspondientes al

¹⁵ HABERMAS (2009), p. 140; Cfr. HABERMAS, Jürgen, (1995), pp. 39-53.

¹⁶ Interesante es la posición en la actualidad de Jeremy WALDRON sobre la supremacía del parlamento: WALDRON (2003); Cfr. WALDRON (2005).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

interés común. El énfasis no está en la protección de los derechos subjetivos, sino que en la protección de la voluntad soberana del pueblo representada por la ley.

Como se puede notar, CHIOVENDA es un adepto de la visión republicana y de los valores de la Revolución Francesa que separaba radicalmente las funciones del legislador y del juez, pues atribuía al primero, la creación del derecho y al segundo su aplicación. En el Estado Republicano, a estos últimos restaba simplemente la tarea de aplicar la voluntad del pueblo expresada en la ley, que eran las normas generales.¹⁷

CARNELUTTI, a diferencia de CHIOVENDA, para los efectos de comprender el concepto de jurisdicción, parte de la idea de *litis*, comprendida como conflicto de intereses, marcada por la idea de litigiosidad y de conflicto, para sobre dicha base, definir la existencia de jurisdicción. De este modo, para este autor, dicha concepción estaría relacionada con la existencia de un conflicto de intereses, sin el cual no podríamos hablar de jurisdicción. MARINONI, PEREZ RAGONE y NÚÑEZ OJEDA señalan que *mientras Chiovenda buscaba la esencia de la jurisdicción dentro del cuadro de las funciones del Estado, Carnelutti la veía en la especial razón por la cual las partes necesitaban del juez: el conflicto de intereses*¹⁸.

A partir de la conceptualización de CARNELUTTI, afirma José Frederico MARQUES, se entiende que *la actividad jurisdiccional presupone, siempre, una situación contenciosa anterior*¹⁹. En esta concepción, debe entonces, existir una pretensión resistida, entendida aquella como la exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés de quien lo pretende.

Esta noción de vincular la existencia de la jurisdicción a la existencia de un conflicto resistido, dificultó la definición de la jurisdicción constitucional y de la cosa juzgada

¹⁷ MARINONI et al. (2010), p. 14.

¹⁸ IDEM, p. 16.

¹⁹ MARQUES (1971), p. 261.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

constitucional, pues a su ver, el instituto de la cosa juzgada es propio del proceso contencioso y por lo tanto, no se podría extender a los casos en que no existe el conflicto de interés jurídico, o en los procesos de jurisdicción voluntaria²⁰.

CAPPELLETTI, por su parte, se aleja de la posición de CARNELUTTI al afirmar que la jurisdicción constitucional necesariamente asume el carácter de jurisdicción, no tanto en referencia a la garantía de prevalencia de un interés a otro, sino en relación en asegurar la condición y la estabilidad de la ley, no para los efectos de dirimir un conflicto de intereses, sino para prevenir un conflicto futuro²¹.

La idea de que la jurisdicción está vinculada, por un lado, con la voluntad de la ley y, por otro, a la existencia de un conflicto, se puede entender superada por la idea de jurisdicción que fluye de una concepción de democracia deliberativa, o Estado Democrático Deliberativo de Derecho, como veremos a continuación.

4. *LA TRANSICIÓN ENTRE LA CONCEPCIÓN LIBERAL Y REPUBLICANA A LA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA DE LA JURISDICCIÓN*

La tutela jurisdiccional calificada es derivada de la conjunción recíproca de la trilogía de los institutos fundamentales del derecho procesal: acción, jurisdicción y proceso. Los institutos del derecho procesal cargan en sí un conjunto de garantías establecidas por el legislador constitucional e infraconstitucional para legitimar la solución de los conflictos por medio de la sustitución de las partes por un tercero imparcial²².

De este modo, una vez provocado el ejercicio de la actividad jurisdiccional, su desarrollo solamente ocurre por medio de la obediencia de las garantías y reglamentos

²⁰ CARNELUTTI (1955), p. 103.

²¹ CAPPELLETTI (1996), pp. 144 y ss.

²² PODETTI (1963), pp. 336-337.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

mínimos establecidos por el debido proceso legal. Según COUTURE, *esta garantía consiste, sustancialmente, en un emplazamiento (notice) y en la posibilidad de ser escuchado (hearing) por jueces idóneos y responsables. No se exigen fórmulas sacramentales. Pero se exige una razonable oportunidad para hacer valer la defensa, una posibilidad amplia de producir pruebas y la garantía que supone la intervención de los jueces del Estado, con su proverbial respaldo de independencia, de autoridad y de responsabilidad*²³.

De este modo, el proceso es visto como un método dialéctico de actuación jurisdiccional que tiene que estar legitimado de acuerdo con los principios procesales constitucionales. Esta actuación jurisdiccional debe estar dirigida bajo la estricta observancia de las garantías contenidas en la Constitución y en la legislación infraconstitucional, pues solamente así, aquel que ejerce la jurisdicción podrá imponer legítimamente el poder, la voluntad de la ley y de la Constitución al caso concreto.

Para el profesor Bernan MANIN, es necesario modificar radicalmente la perspectiva común tanto de las teorías liberales como al pensamiento democrático: la fuente de legitimidad no es la voluntad predeterminada de los individuos, sino más bien el proceso de su formación, es decir, la deliberación misma. Una decisión legítima no representa la voluntad de todos, pero es algo que resulta de la deliberación de todos. Es el proceso que se forma de la voluntad de cada uno lo que confiere su legitimidad al resultado, en lugar de la suma de las voluntades ya formadas. Según el referido autor, debemos afirmar, a riesgo de contradecir toda una extensa tradición, que la ley legítima es resultado de la deliberación general y no la expresión de la voluntad general. De este modo se desplaza la carga desde la moral de los ciudadanos hacia aquellos procedimientos de la formación de la voluntad y la opinión democráticas que se deben fundamentar en la presunción de que son posibles los

²³ COUTURE (1948), p. 13.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

resultados racionales²⁴.

Desde esta perspectiva, toda la sistemática de actuación del poder jurisdiccional del Estado debe ser ajustada a la autenticidad del plan constitucional del debido proceso, por constituir un derecho fundamental de los ciudadanos y proteger y garantizar la participación. De este modo, el Estado solamente puede desarrollarse, una vez llamado a ejercer la función jurisdiccional, dentro de una estructura normativa metodológicamente construida, conforme al debido proceso, de modo de garantizar la adecuada participación de los destinatarios en la formación de su acto decisorio imperativo²⁵.

5. LA VISIÓN DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA DE JURISDICCIÓN

La democracia que se debe alcanzar en las sociedades postmodernas, caracterizadas por su pluralidad y heterogeneidad, es la democracia deliberativa, la cual posibilita la producción de decisiones públicas a través de debates amplios y abiertos, que respeten los derechos fundamentales y que actúan como un instrumento legitimador de las decisiones que toma determinada sociedad. Así, la idea de la democracia deliberativa nace como un intento de conferir legitimidad a las decisiones estatales por medio de la inclusión de los ciudadanos, en cuanto libres e iguales, en la producción de decisiones que justifiquen los argumentos morales compartidos entre todos²⁶.

Adela CORTINA defiende una teoría normativa de democracia, buscando criterios de vigencia y validez de las normas que, gracias a democracia deliberativa, es la búsqueda de la mejora de los métodos y condiciones del debate, la discusión y persuasión de las decisiones últimas de la sociedad. De este modo, a su ver, la sociedad civil juega un rol decisivo en todo

²⁴ MANIN (1987), p. 352 y ss.

²⁵ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS (2012), p. 36.

²⁶ GARGARELLA (1996), pp. 157-158; Cfr. MORO (2005), p. 317; Cfr. STAMATO (2005); Cfr. GUTMANN, y THOMPSON (2004), pp. 3 y ss.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

este proceso, pues legitimar comunicativamente las decisiones de la mayoría exige transformar las diferencias existentes en la comunidad; el proceso por el que debe formarse la voluntad pública es por medio de la existencia de desacuerdos y de conflictos²⁷.

Por otro lado, la democracia deliberativa también supone un poder comunicativo que actúa como fuente de legitimidad de la autoridad, un espacio de deliberaciones y negociaciones equitativas que sirven para desenmascarar los momentos de fraude democrático y un orden jurídico que hace posible la expresión de ese poder, contribuyendo tanto a la integración sistémica y por sobre todo a la integración social, y que además, requiere una vida pública rica en manifestaciones, que permita reaccionar frente a las interferencias del poder social que procura hacer un uso instrumental del Derecho, con tal de proteger sus intereses y que esté atenta a que los demás presupuestos de una democracia deliberativa se expresen²⁸.

Al respecto, el profesor brasileño Sérgio Luiz DE ALMEIDA RIBEIRO, asevera que *la legitimidad de la función jurisdiccional, es derivada de la posibilidad de las partes de actuar democráticamente para construir la decisión definitiva que podrá, dependiendo de su naturaleza, privar a alguien de los derechos relacionados a la libertad, patrimonio y la vida*²⁹.

La participación de las partes, por medio del proceso y de la acción, solamente es viable por medio de la garantía del debido proceso, que en conjunto con sus principios (contradictorio, amplia defensa, isonomía, etc.), imponen limitaciones al Estado y a eventuales conductas arbitrarias durante el ejercicio de su actividad jurisdiccional. En este sentido la legitimidad de la función judicial por el debido proceso, debe ser entendida como aquella que otorga el pronunciamiento final que entrega la tutela jurisdiccional con

²⁷ CORTINA (2010), p. 79.

²⁸ PINEDA GARFIAS (2002), pp. 605-637.

²⁹ DE ALMEIDA RIBEIRO (2014), p. 383.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

participación de todas las partes involucradas en la relación jurídico procesal, dentro de los límites que la ley impone.

De acuerdo con esto, se revela que cualquier propuesta que vincule la jurisdicción, sea con la garantía de los derechos subjetivos o, con la actuación de la voluntad de la ley, soslaya y olvida que la jurisdicción debe ser entendido como un ambiente democrático por excelencia. La jurisdicción debe ser vista actualmente como un espacio democrático de los ciudadanos para participar de la aplicación de la ley y de principios al caso concreto para la efectivación del derecho.

A riesgo de ser reiterativo, es deber reafirmar, que en un Estado Democrático Deliberativo, donde se ejerce el poder por medio de la participación, y donde la jurisdicción tiene el poder para alterar la esfera jurídica de los individuos, es menester la observación estricta de las reglas del debido proceso, pues la función jurisdiccional del Estado tiene que ser prestada bajo la fiel obediencia a los principios constitucionales del proceso.

De este modo, el concepto de jurisdicción, desde la perspectiva democrática deliberativa, puede ser comprendido como aquel donde un tercero imparcial, extraño a la *litis*, por medio de un proceso dialéctico y con garantía de participación de todos los involucrados, decide con pretensión de definitividad el objeto jurídico debatido en el proceso.

La función de la jurisdicción es, entonces, permitir a los ciudadanos participar de las decisiones que los vinculan y deben soportar para alcanzar la efectivación del derecho discutido. Se constituye así, como un poder que se ejerce de modo discursivo y racional, pues por medio de la acción, proceso y procedimiento, los argumentos son organizados



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

estructuralmente para alcanzar un resultado de deliberación, donde el tercero imparcial debe recolectar los argumentos y estructurarlos de modo a alcanzar una decisión final³⁰.

El profesor brasileño Luiz Guilherme MARINONI entiende que la acción es una garantía para la participación del ciudadano en la reivindicación de la tutela de los derechos difusos y colectivos y en la gestión de la cosa pública. La acción, entonces, está ligada a la idea de democracia participativa, siendo indispensable para el incremento de la participación directa de los ciudadanos en el poder y para la realización de derechos imprescindibles para la justa organización de la sociedad³¹.

Se incluye a la función de la jurisdicción, como se hace evidente de los antes dicho, la garantía de la participación, pues no será posible la tutela efectiva del derecho, sin que las partes participen efectivamente. La amplia participación es condición *sine qua non* de la jurisdicción, cumpliendo dos funciones: por un lado garantizar la legitimidad de la decisión, y por otro lado, pacificar a los ciudadanos, puesto que la participación en el debate procesal, otorga mejores perspectivas de aceptación de sus consecuencias, de manera que la pacificación del conflicto se obtiene por medio de la aplicación de la justicia procedimental.

Sin embargo, la acción como garantía de participación del ciudadano no debe limitar a los procesos en que se discute la tutela de derechos difusos y colectivos, o en la gestión de la cosa pública, pues la jurisdicción debe ser la garantía de la participación de los ciudadanos en todos sus ámbitos, desde la tutela efectiva de derechos individuales hasta la tutela del derecho constitucional objetivo, como es el caso de la jurisdicción constitucional.

³⁰ A diversity of point of view and of arguments is an essential condition both for individual liberty (for individuals must have a choice among several parties) and for the rationality of the process (for the exchange of arguments and criticisms creates information and permits comparing the reasons presentes do justify each position). En: MANIN, Bernard, cit. (n. 10), p. 355.

³¹ MARINONI (2007).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

Lo anterior porque, si bien es cierto que en el proceso civil la participación se restringe a las partes, esta debe ser garantizada y estimulada por el juez. El juez como tercero imparcial debe provocar el debate para llegar a la sentencia final, donde la legitimidad de su decisión depende de la fundamentación que considera toda intervención de los involucrados³².

CONCLUSIÓN

La jurisdicción debe ser concebida como el espacio democrático de los ciudadanos para participaren de la aplicación de la ley y de principios al caso concreto para la tutela efectiva del Derecho. La jurisdicción en este contexto, puede además ser definida como aquella donde un tercero imparcial, extraño a la *litis*, por medio de un proceso dialéctico y con garantía de participación de todos los involucrados, decide con pretensión de definitividad el objeto jurídico debatido en el proceso. La función de la jurisdicción es así, dentro de esta perspectiva, permitir a los ciudadanos participar de las decisiones que deben soportar para que se alcance la tutela efectiva del derecho discutido.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (2003): "Justicia como corrección", en *Doxa* (Nº 26), pp. 161-173.

BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo (2012): "Proceso constitucional e Estado Democrático de direito" (Belo Horizonte, Del Rey).

³² El profesor GARCÍA DE ENTERRIA, al tratar del contradictorio en el proceso administrativo advierte que *si estos derechos se niegan, si se elimina o se limita arbitrariamente la posibilidad de contradicción so pretexto de especialidades más o menos reales, no puede decirse siquiera que exista verdadero procedimiento en sentido jurídico*. En: GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ (2004), p. 474.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

- CALAMANDREI, Piero (1965): “Il processo como giuoco”, en *Opere giuridiche*, (Nº 2).
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim (1988): “Democracia, participação e processo”, en PELLEGRINI GRINOVER, Ada (Cord.), *Participação e processo* (São Paulo, Revista dos Tribunais).
- CAPPELLETTI, Mauro; G. GARTH, Bryant (1996): *El acceso a la justicia* (México, Fondo de Cultura Económica).
- CARNELUTTI, Francesco (1955): “La cosa giudicata e la elasticità della pena”, en *Rivista di Diritto Processuale* (v. I).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1922): *Principios del derecho procesal* (Madrid, Reus).
- CORTINA, Adela (2010): *Justicia Cordial* (Madrid Trotta).
- COUTURE, Eduardo J. (1948): *Estudios de derecho procesal civil: La Constitución y el proceso civil* (Buenos Aires, Ediar).
- DE ALMEIDA RIBEIRO, Sérgio Luiz (2014): “O devido processo legal como meio legitimador para o juízo arbitral, de lege ferenda, efetivar suas sentenças: uma releitura da jurisdição”, en: A.A.V.V., *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim* (São Paulo, Revista dos Tribunais).
- DO PASSO CABRAL, Antonio (2011): “Principio do Contraditorio”, en: A.A.V.V., *Dicionário de princípios jurídicos* (Rio de Janeiro, Campus Jurídico, 2011).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004): *Curso de derecho administrativo* (9ª edición, Madrid, Thomson Civitas), tomo II.
- GARGARELLA, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno* (Barcelona, Ariel).
- GRECO, Leonardo (2003): *Jurisdição voluntaria moderna* (São Paulo, Dialética).
- GUTMANN, Amy (1995): “A desarmonia da democracia”, en *Lua Nova* (Nº 36), pp. 5-37.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis (2004): *Why deliberative democracy?* (Princeton, Princeton University Press).

HABERMAS, Jürgen (2009): *¡Ay, Europa!* (Madrid, Trotta).

HABERMAS, Jürgen (2008): *Facticidad y validez* (Madrid, Trotta).

HABERMAS, Jürgen (1995): “Três modelos normativos de democracia”, en *Lua Nova* (Nº 36), pp. 39-53.

KELSEN, Hans (1999): *Teoria pura do Direito* (São Paulo, Martins Fontes)

MANIN, Bernard (1987): *On legitimacy and deliberation*, en *Political Theory* (Nº 15, año 3), pp. 338-368.

MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Lima, Palestra).

MARINONI, Luiz Guilherme (2006), *Teoria geral do proceso* (São Paulo, Revista dos Tribunais) tomo I, p. 23.

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

MARQUES, José Frederico (1971): *Instituições de direito processual civil* (Rio de Janeiro, Forense) tomo I.

MORO, Sérgio Fernando (2005): *Jurisdição constitucional como democracia* (São Paulo, Revista dos Tribunais).

PINEDA GARFIAS, Rodrigo (2002): “La democracia deliberativa”, en *Ius et Praxis*, (Nº 8, v. 2), pp. 605-637.

PODETTI, J. Ramiro (1963): *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* (Buenos Aires, Anón Editores).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.445>

RADBRUCH, Gustav (2002): *Introducción a la filosofía del derecho* (Madrid, Fondo de cultura económica).

RANGEL DINAMARCO, Cândido (2009): *A instrumentalidade do processo* (14ª edición, São Paulo, Malheiros).

STAMATO, Bianca (2005): *Jurisdição Constitucional* (Rio de Janeiro, Lúmen Júris).

TARZIA, Giuseppe (1994): “Il contraddittorio nel processo esecutivo”, en *Esecuzione forzata e procedure concursali* (Milano, Cedam).

WALDRON, Jeremy (2003): *A dignidade da legislação* (São Paulo, Martins Fontes).

WALDRON, Jeremy (2005), *Derechos y desacuerdos* (Madrid, Marcial Pons).

ZANZUCCHI, Marco Tullio (1964): *Diritto processuale civile* (6ª edición, Milano, Giuffrè), tomo I, p. 3-5.