

JUS

REVISTA JURÍDICA

CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN-UAS

Número 5. Vol. 1, Enero-Julio 2018



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA

DIRECTORIO

Dr. Juan. Elogio Guerra Liera
RECTOR DE LA UAS
M.C. Jesús Madueña Molina
SECRETARIO GENERAL
Dr. Romeo Maldonado Dorado
DIRECTOR FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ARBITRAL

Consejo Arbitral Local

Dr. Gonzalo Armienta Hernández
Dr. Eduardo Ramírez Patiño
Dr. Francisco Álvarez Valdez
Dr. Mauro Sandoval Ceja
Dr. Carlos Francisco Camero Ramírez
Dr. José Rodolfo Lizárraga Ruseell

Consejo Arbitral Nacional

Dr. Carlos Ruíz Moreno
Consejero, Universidad de
Guadalajara
Dra. Aurea Esther Grijalva Eternod
Consejera, Universidad de
Guadalajara
Dra. Velia Patricia Barragán Cisneros
Universidad Juárez del Estado de
Durango

Consejo Arbitral Internacional

Dra. María Mercedes Iglesias Baréz
Universidad de Salamanca, España
Dr. Juan Manuel Bautista Jiménez
Universidad de Salamanca, España
Dr. Diego Gustavo Barroetaveña Suárez,
Universidad de Buenos Aires, Argentina
Dra. Mayda Goite Pierre, Universidad de
la Habana, Cuba
Dr. Amel Medina Cuenca, Universidad de
la Habana, Cuba
Dra. Celín Pérez Nájera, Universidad de
Ciego Ávila Máximo Gómez Báez (ÚNICA-
Cuba)

Dra. Lizbeth García Montoya
DIRECTORA GENERAL

Dra. Martha Lourdes Camarena Rivera
COORDINADORA

María del Rosario Aragón Ibarra
CORRECCIÓN DE ESTILO



REVISTA JUS DEL CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, No. 5, Vol. 1, Enero-Julio 2018, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Sinaloa, a través de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. Av. Las Américas, sin número, Col. Ciudad Universitaria, Culiacán, Sinaloa. Tel. 7-12-88-05. Editor responsable: Gonzalo Armienta Hernández. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2016-052414163800-102, ISSN: 2448-7392, Licitud del título No. 16780, ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Impresa en los Talleres de la Imprenta Gabriel López Rivera, ubicados en Boulevard Francisco Zarco No. 190, Colonia Miguel Alemán, C.P. 80 000, Culiacán, Sinaloa, este número se terminó de imprimir en agosto de 2018, con un tiraje de 500 ejemplares. Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

CONTENIDO

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS EUROPEAS;
ESTUDIO COMPARADO DE LOS SISTEMAS DE AUSTRIA, ALEMANIA Y ESPAÑA

Francisco Álvarez Valdez

5

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Alejandro Villanueva Turnes

47

LA VIOLENCIA COMO ASPECTO CULTURAL
MUJER Y ÉTNIA

Dra. Lizbeth García Montoya

Dr. Gonzalo Armienta Hernández

69

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Edgar Iván Ortega Peñuelas

109

TEORIA DA JUSTIÇA, ÉTICA DISCURSIVA E FEMINISMO:
REFLEXÕES JUSFILOSÓFICAS

Patricia Verónica Nunes Carvalho Sobral de Souza

Ricardo Maurício Freire Soares

134

Presentación de objetivos

En esta ocasión la Revista Jurídica JUS que esta fundamentada por un Cuerpo Académico de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Sinaloa, presenta 5 trabajos, de estos se pretende dar a conocer la labor exhaustiva que con respecto a las indagaciones jurídicas principalmente de carácter nacional e internacional actuales nos presentan los participantes en este número.

Su contenido análisis de “El control de la constitucionalidad de normas europeas; estudio comparado de los sistemas de Austria, Alemania y España” del autor Francisco Álvarez Valdez, Doctor en Ciencias del Derecho en el área Constitucional; así también se publica el artículo “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español” de Alejandro Villanueva Turnes Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas. Actualmente Investigador en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela; Los doctores Lizbeth García Montoya (Doctora en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha) y Gonzalo Armienta Hernández (Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México) revelan un estudio titulado “La violencia como aspecto cultural: mujer y étnia, realizado en los estados de Oaxaca, Chiapas y Sinaloa; Edgar Iván Ortega Peñuelas, quien cuenta con Maestría en Ciencias del Derecho presenta el tema “El razonamiento jurídico en el juez constitucional; finalmente y considerado muy importante para realizar un trabajo de traducción a quién considere sea relevante el tema en idioma portugués Teoria da justiça, ética discursiva e feminismo: reflexões jusfilosóficas de los autores: Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza y Ricardo Maurício Freire Soares.

Agradecemos a nuestros académicos e investigadores su labor, así como a los lectores por el acercamiento a este medio que su tarea es la de difundir el conocimiento a través de las publicaciones de la revista JUS, pretendiendo dejar el referente de la tarea literaria jurídica.

Dr. Gonzalo Armienta Hernández
Líder del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional
de la Facultad de Derecho Culiacán
Universidad Autónoma de Sinaloa

El control de la constitucionalidad de normas en Europa; estudio comparado de los sistemas de Austria, Alemania y España

Dr. Francisco Álvarez Valdez *

Sumario: Introducción; 1. Antecedentes; 2. El control constitucional de normas en Austria; A. Los medios establecidos para el control de normas en el sistema jurídico austriaco; B. Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional austriaco; 3. El control constitucional de normas en Alemania; A. Los medios establecidos para el control de normas en el sistema jurídico de Alemania; B. Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional alemán; 4. El control constitucional de normas en España; A. Los medios establecidos para el control de normas en el sistema jurídico de España; B. Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español; Conclusiones; Bibliografía.

Resumen: El control concentrado de normas en Europa se gesta en Austria y Checoslovaquia, países que se dieron a la tarea de implantar tribunales constitucionales para llevar a cabo esta labor, para luego ser

* Doctor en Ciencias del Derecho en el área Constitucional, egresado de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa. PNPC/CONACYT; catedrático de la Facultad de Derecho Culiacán en el área Constitucional y Amparo de la Universidad Autónoma de Sinaloa. licfranciscoalvarez@hotmail.com

retomada por la mayor parte de las naciones de ese continente. En la actualidad este sistema de control concentrado de normas se ha desarrollado ampliamente en países como Austria, Italia, Alemania y España, en los que se han establecido diversos medios jurisdiccionales que tienen como fin anular con efectos generales toda aquella norma que pugne con la Constitución, expulsándola del sistema jurídico sin posibilidad de ser aplicada nuevamente.

Palabras clave: Control concentrado, tribunales constitucionales, control de normas, efectos generales.

Abstract: Concentrated control of standards in Europe is developing in Austria and Czechoslovakia, countries that established constitutional courts to carry out this work, and then be taken over by most of the nations of that continent. At present, this system of concentrated control of norms has been developed widely in countries such as Austria, Italy, Germany and Spain, in which various jurisdictional means have been established whose purpose is to annul with general effect all that rule with the Constitution, Expelling it from the legal system, without possibility to be applied again.

Keywords: Concentrated control, constitutional courts, norms control, general effects.

INTRODUCCIÓN

El control de la constitucionalidad de normas se ha desarrollado ampliamente en Europa, siendo a partir de la Constitución austriaca de 1920 que instituyó al Alto Tribunal Constitucional, donde surge la concepción del sistema concentrado del control de normas, luego adoptado por la mayoría de los países de ese continente, al

establecer tribunales constitucionales a quienes se les encomendó de forma exclusiva llevar a cabo el control constitucional de normas concentrando en ellos dicha jurisdicción, se destacan en el desarrollo de este sistema países como Austria, Alemania y España, mismos que establecieron diversos medios jurisdiccionales para llevar a cabo el control de normas.

Es entonces que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se produjo una gran influencia de la jurisdicción concentrada y especializada, actualmente este sistema predomina en la gran mayoría de las naciones que integran la Unión Europea, quienes lo han desarrollado –algunos lo han realizado de forma más amplia que otros– abordando el estudio de estos sistemas tomando en cuenta en un primer momento lo relativo a sus antecedentes y florecimiento.

Por lo que se realizará un estudio de los sistemas jurídicos de países que han sobresalido, retomando inicialmente a Austria, país donde se originó con las ideas de Hans Kelsen con respecto al control concentrado; seguidamente Alemania ha jugado un papel trascendental en el desarrollo de éste sistema, culminando con los medios de control establecidos en el sistema jurídico de España abordándose en virtud de guardar con respecto a México muchos puntos de acercamiento e identidad de tipo cultural.

1. Antecedentes

Se puede decir, que “la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920. Posteriormente, se crearían el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en 1931,

el Tribunal Constitucional italiano en 1948, el Tribunal Constitucional alemán en 1949, el turco (1961) y el yugoslavo (1963)”,¹ luego continuó el avance con “Portugal (en 1982) y España (en 1978), después de sus respectivas transiciones a la democracia, introduciendo este órgano en el nuevo orden constitucional.

Bélgica y Luxemburgo se sumaron al club en 1980 y 1996, y casi todos los países de Europa central”² y tras la caída del comunismo, este movimiento también se extendió a “Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991) y Bulgaria (1991)”.³ Paulatinamente se fueron adoptando los Tribunales Constitucionales por diversos países del continente europeo, confiriéndoles la labor de realizar de forma exclusiva el control de la constitucionalidad de normas y actos de autoridad, movimiento que posteriormente se trasladaría a países de otros continentes.

En efecto, son dieciocho de las veintisiete naciones que integran la Unión Europea las que, a la fecha, han establecido tribunales constitucionales, siendo un porcentaje que refleja hasta qué punto “el modelo centralizado goza de las preferencias europeas. Estos países son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Rumania. En cambio, únicamente tres países de la Unión Europea han optado por un sistema descentralizado semejante al americano: Suecia, Finlandia y

¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, Asociación Civil, 10a. ed., 2004, t. I, p. 16.

² Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, España, Marcial Pons, 2011, p. 26.

³ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 1, p. 17.

Dinamarca”.⁴ Los restantes países Chipre, Estonia, Grecia, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido, han optado por sistemas que podríamos denominar atípicos al resultar difícil clasificarlos en cualquiera de los modelos existentes. En relación al contexto histórico del surgimiento de los tribunales constitucionales en Europa, Javier Pérez Royo señala:

El Tribunal Constitucional, por el contrario, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo que hemos definido en muchas ocasiones a lo largo del curso como constitucionalismo democrático. La anomalía histórica que está detrás de él es una anomalía democrática o, mejor dicho, una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países. Por eso, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del siglo XIX al Estado democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.⁵

Se puede considerar que el nacimiento de los tribunales constitucionales en Europa se gestó debido a las dificultades en el proceso de transición a la democracia de ciertos países, generándose su desarrollo de forma paulatina, en todo Europa dando lugar a países que no lo habían incorporado a su sistema jurídico se vean influenciados por este modelo para adoptarlo, por ello, hasta el momento se han generado tres grandes etapas, diferenciándose de forma cronológica, mismas que Javier Pérez Royo, ha desarrollado de la siguiente manera:

⁴ *Ibidem.*, p. 27.

⁵ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 12a. ed., España, Marcial Pons, 2010, p. 822.

- a) Primera etapa. Bajo la inspiración de Hans Kelsen en su proyecto austríaco de 1920 se constituyen tanto el Tribunal Constitucional Checoslovaco (Constitución del 29 de febrero de 1920) y el Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920), como una década después, en la España republicana, el Tribunal de Garantías Constitucionales (Constitución de 1931).
- b) Segunda etapa. En la segunda posguerra mundial, el nuevo movimiento constitucionalista sanciona las recientes constituciones en diversos países: el Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948; el Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949; el Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958, de particulares connotaciones; el Tribunal Constitucional Turco de la Constitución de 1961; y el Tribunal Constitucional Yugoslavo de la Constitución de 1963.
- c) Tercera etapa: Avanzando una década más, llegamos a nuevas creaciones de tribunales constitucionales con motivo de la sanción de significativas constituciones: el Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976, con las modificaciones de 1982; el Tribunal Constitucional Español de la Constitución de 1978; con particularidades, el Tribunal de Arbitraje en Bélgica, de 1983; los tribunales establecidos en sus constituciones por Polonia en 1985, Hungría en 1989, Checoslovaquia, Rumania y Bulgaria en 1991.⁶

⁶ Haro, Ricardo, "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales", *Anuario de constitucional latinoamericano*, 10a. ed., Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, Asociación Civil, 2004, t. I, p. 17.

Estas tres etapas se encuentran claramente delimitadas partiendo del origen de los tribunales constitucionales como órganos encargados de llevar a cabo el control de la constitucionalidad, estableciendo como nuevo paradigma a la justicia constitucional, contando a partir de 1920, culminado con el establecimiento del tribunal español de garantías de 1931, la segunda etapa inicia después de concluida la segunda guerra mundial, con el desarrollo en todo el continente europeo de los tribunales constitucionales, y por último la tercera etapa, parte del Tribunal Constitucional Portugués que surge con la Constitución de 1976, así como el español surgido de la Constitución de 1978, entre muchos otros que han surgido con posterioridad a ellos, considerándose que esta etapa aún se encuentra en pleno desarrollo.

Resulta pertinente realizar un estudio de los sistemas jurídicos de países que han sobresalido en éste aspecto, retomando inicialmente a Austria, país donde se originó con las ideas de Hans Kelsen el control concentrado, Alemania con un papel trascendental en el desarrollo de éste, y culminando con los medios de control establecidos en el sistema jurídico de España abordándose en virtud de guardar con respecto a México muchos puntos de acercamiento e identidad de tipo cultural.

2. El control constitucional de normas en Austria

Como ya se ha señalado, “a Austria y más concretamente al ilustre jurista Hans Kelsen, corresponde el mérito de haber iniciado con su concepción, una auténtica jurisdicción constitucional, con la aparición

de la Corte Constitucional en el año de 1920”,⁷ hasta la actualidad se le confía el control constitucional de leyes, conforme con la “sexta parte” de la vigente Constitución austriaca, cuyo título comprende las “garantías de la constitución y de la administración”, apartado “b”, enmarcando los artículos 137 al 148, con referencia al Tribunal Constitucional *Verfasfslmggerichtshof*,⁸ los cuales se desarrollan, en la legislación, “por una Ley Federal. (Verfassungsgerichtshofgesetz) n° 85/1953, objeto de numerosas modificaciones parciales. (Boletín de Leyes Federales n° 11/1955; 17/1956; 18/1958; 232/1961; 185/1964; 200/1967; 275/1972; 311/1976; 234/1977; 670/1977; 683/1978)”.⁹

De dicho título y en especial de los artículos 140 y 140a de la Constitución de Austria, se desprende que el Tribunal Constitucional como órgano concentrado será el único en conocer del control de normas, estableciendo diversas vías, que serán enseguida abordadas.

A. *Los medios establecidos para el control de normas en el sistema jurídico austríaco*

En Austria al Tribunal Constitucional le compete conocer y resolver sobre los diversos procesos constitucionales establecidos para el control de leyes, mismos que consisten en el proceso de inconstitucionalidad de leyes planteado por vía directa o principal, el proceso por inconstitucionalidad de las leyes suscitado de forma incidental, el

⁷ Castrillón y Luna, Víctor M., “El control constitucional en el derecho comparado”, en Díaz Müller Luis T. (coord.), *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 68.

⁸ Constitución de Austria, en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>, consultado el 25 de julio de 2014.

⁹ Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional*, (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), 2a. ed., España, Tirant lo Blanch, 1989, p. 35.

proceso sobre conflictos de atribuciones, el recurso de amparo y el control de Tratados Internacionales.

a. Proceso por inconstitucionalidad de leyes planteado por vía directa o principal

Este proceso se encuentra establecido en el “párrafo 1º del artículo 140 de la Constitución austriaca”,¹⁰ procediendo en contra de leyes regionales y leyes federales que sean consideradas inconstitucionales, estando facultados para promoverlo, tratándose de una ley regional el Gobierno federal y un tercio de los componentes de la Asamblea regional (minorías parlamentarias), en el caso de leyes federales consideradas inconstitucionales, estarán legitimados para promover este procedimiento en contra de ellas, un Gobierno regional o un tercio de los miembros del Consejo Nacional (minorías parlamentarias), asimismo cualquier persona podrá promoverlo contra una ley, cuando por ésta afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos, en

¹⁰ Artículo 140, párrafo 1º ...Entenderá asimismo de la posible anticonstitucionalidad de las leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal y de la posible anticonstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Se podrá disponer por ley constitucional regional (Landesverfassungsgesetz) que tenga también este derecho de recurso (Antragsrecht) un tercio de los componentes de la Asamblea regional, en cuanto a la inconstitucionalidad de leyes regionales. El Tribunal Constitucional conocerá igualmente de la anticonstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual. Constitución de Austria, en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>, consultado el 25 de julio de 2014.

el caso de que la ley haya cobrado fuerza vinculante contra ella, sin que sea necesario haberse dictado decisión judicial, ni resolución administrativa.

b. Proceso por inconstitucionalidad de las leyes suscitado de forma incidental

El procedimiento de inconstitucionalidad de normas, es promovido de forma incidental, se encuentra establecido en los “párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 140”¹¹ de la Constitución austriaca, pudiendo ser promovido contra una ley federal o regional, con la finalidad que se resuelva su posible inconstitucionalidad, que pretende aplicarse a un caso concreto en segunda instancia, estando facultados para instar el Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, y el propio Tribunal Constitucional también podrá conocer de oficio cuando tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente, en este caso se desestimará la pretensión de la parte recurrente, proseguirán, sin embargo, las

¹¹ Artículo 140.

1. El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente...

2. En caso de que en un litigio pendiente ante el Tribunal Constitucional y en el que deba éste aplicar una ley, se desestimara la pretensión de la parte recurrente, proseguirán, sin embargo, las actuaciones ya iniciadas para la revisión de la constitucionalidad de la ley en cuestión...

3. El Tribunal Constitucional únicamente podrá anular una ley como anticonstitucional (ein Gesetz als Verfassungswidrig aufheben) cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él.

actuaciones ya iniciadas para la revisión de la constitucionalidad de la ley en cuestión. El Tribunal Constitucional únicamente podrá anular en este proceso una ley como inconstitucional cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él.

c. Los procesos sobre conflictos de atribuciones

Respecto a los procesos de conflicto sobre atribuciones se encuentra establecido en el “párrafo 3º del artículo 140”¹² de la Constitución de Austria, procediendo éste contra cualquier ley dictada por un órgano legislativo que no sea el competente para emitirla, de conformidad con el reparto de competencias o en el caso de que dicha ley haya sido promulgada en franca violación a la Constitución, en caso de ser así, se deberá declarar la nulidad de la norma de forma completa. Este procedimiento se instaura para que el Tribunal Constitucional resuelva los conflictos surgidos entre el Gobierno Federal y los de las *Länder*, entre la administración y los órganos jurisdiccionales y los conflictos surgidos entre los mismos tribunales en razón a su competencia.

¹² Artículo 140...

3. Si el Tribunal Constitucional llegara, sin embargo, al convencimiento de que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente según el reparto de competencias o promulgada de modo anticonstitucional, deberá derogar la ley entera como anticonstitucional. Los conflictos que resuelve este Tribunal es de los surgidos entre el Gobierno Federal y los de las “Länder”, entre la administración y los órganos jurisdiccionales y los surgidos entre los propios tribunales...

d. El recurso de amparo

Respecto al recurso de amparo, este se encuentra establecido en el “párrafo 1º del artículo 144”¹³ del referido cuerpo de leyes, siendo procedente contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas, la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de un tratado internacional contrario a derecho, las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada. La reclamación sólo podrá interponerse después de agotada la vía administrativa, cuando ésta proceda. La legitimación para la interposición del recurso es atribuida a los particulares perjudicados por la aplicación de una ley inconstitucional, un reglamento ilegal o un Tratado internacional contrario a derecho, los que estimen lesionados uno de sus derechos constitucionalmente garantizados por una resolución administrativa, las personas jurídico-públicas y los afectados por el ejercicio directo del poder coactivo.

¹³ Artículo 144.

1. El Tribunal Constitucional conocerá de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas cuando el autor del recurso (der Beschwerdeführer) alegue haber sido lesionado por la resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de un tratado internacional contrario a derecho. En estos mismos supuestos conocerá también el Tribunal Constitucional de las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada. La reclamación sólo podrá interponerse después de agotada la vía administrativa, cuando ésta proceda.

e. El control de Tratados Internacionales

Este medio de control de los Tratados Internacionales, se encuentra establecido en el “artículo 140a”¹⁴ de la Constitución austriaca, mismo precepto que faculta al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la ilicitud de los tratados internacionales, celebrados con la autorización del Consejo Nacional de conformidad a lo establecido por los artículos 50 y 139 de la Constitución, en caso de que el Tribunal Constitucional declare ilegal o anticonstitucional a un tratado internacional, este no podrá ser aplicado, desde el día mismo que se haga público el fallo, por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Dicho plazo no podrá exceder de dos años para los tratados internacionales de índole política, los que

¹⁴ Artículo 140^a.

1. El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la ilicitud (Rechtswidrigkeit) de los tratados internacionales. En este punto se aplicará, por analogía, el artículo 140 a los tratados internacionales concertados con la autorización del Consejo Nacional con arreglo al artículo 50, y el artículo 139 a los demás tratados internacionales con la reserva de que los tratados internacionales que el Tribunal Constitucional declare ilegales o anticonstitucionales no podrán ser aplicados desde el día mismo que se haga público el fallo por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Dicho plazo no podrá exceder de dos años para los tratados internacionales especificados en el artículo 50, ni de un año para los demás tratados internacionales.

2. Cuando el Tribunal Constitucional declare la ilegalidad o la anticonstitucionalidad de un tratado internacional, que haya de cumplirse mediante la promulgación de leyes o de decretos, dejará de surtir efecto toda resolución adoptada conforme al párrafo 2 del artículo 50 u ordenanza dictada al amparo del párrafo 1 del artículo 65.

su contenido modifique o complemente lo dispuesto en alguna ley, o que modifique o complete normas de derecho constitucional, ni de un año para los demás tratados internacionales. Cuando el Tribunal Constitucional declare la ilegalidad o la anticonstitucionalidad de un tratado internacional, que haya de cumplirse mediante la promulgación de leyes o de decretos, dejará de surtir efecto toda resolución adoptada.

B. Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional austríaco

Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional resolviendo cualquier procedimiento constitucional de los señalados con anticipación, deberán apegarse a lo establecido por los párrafos 3 al 7 del artículo 140 de la Constitución austríaca, por lo tanto, el Tribunal Constitucional únicamente podrá anular una ley como inconstitucional cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él.

Tratándose de procesos sobre conflictos de atribuciones, cuando el Tribunal Constitucional llegara al convencimiento de que una ley ha sido dictada por un órgano legislativo que no es el competente según el reparto de competencias o promulgada contrario a la Constitución, deberá declararse su inconstitucionalidad y nulidad de la ley íntegra.

En el sistema austríaco de control concentrado la inconstitucionalidad, y, consecuentemente la invalidez (y por tanto la inaplicabilidad) de la ley inconstitucional, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos

concretos sometidos a su conocimiento, ya que por el contrario, “los jueces comunes (civiles, penales o administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, aunque sea con eficacia limitada al caso concreto”.¹⁵ Solamente el Tribunal Constitucional, en razón al control concentrado con que cuenta para interpretar y aplicar la constitución, puede realizar declaraciones de inconstitucionalidad de una ley. Asimismo, el fallo que anule una ley obliga a las autoridades a seguir el criterio jurídico contenido en el razonamiento de la Alta Corte, aun cuando dicten nueva disposición, ello para evitar la sobrecarga de trabajo para dicho Tribunal.

Para el caso de que antes o al momento de dictarse el fallo por el Tribunal Constitucional la ley se deroga o modifica, dejando de estar vigente, y el procedimiento hubiere sido incoado de oficio o se interponga recurso por algún tribunal o por persona que alegue haber sido perjudicada en sus derechos por su inconstitucionalidad, este Tribunal a pesar de ello decidirá si la ley era o no anticonstitucional. Ello con el objeto de sentar un precedente sobre la inconstitucionalidad de la norma y la misma legislatura o posteriores no pretendan volver a decretar una ley que vaya en el mismo sentido. Asimismo, el fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. La anulación entrará

¹⁵ Márquez Piñero, Rafael, “La jurisdicción constitucional”, Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, *Derecho procesal*, Primera parte, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1988, t. III, p. 2107.

en vigor el día de la promulgación si no se hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año.

Declarada una ley por el Tribunal Constitucional como anticonstitucional, producirá su nulidad y expulsión del sistema jurídico, por lo tanto, volverá a entrar en vigor la norma derogada por dicha ley el día mismo en que surta efecto la sentencia, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal haya declarado anticonstitucional. Se deberá especificar, además, en la publicación relativa a la anulación de la ley, si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal y en caso afirmativo, cuáles. Ello con el fin de que no se genere un vacío en la legislación, pudiendo incluso renovar la vigencia de normas que habían sido creadas con anterioridad y que fueron derogadas o abrogadas por la entrada en vigor de la propia ley posteriormente declarada nula.

Anulada la ley como inconstitucional mediante sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualquiera de los tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5 del artículo 140, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes de que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia.

Mediante “la casación *erga omnes*, se sana el orden jurídico y se extirpan las leyes y reglamentos defectuosos que violen el principio de

la estructuración escalonada del orden jurídico, liberándose a los particulares del perjuicio ocasionado por su aplicación”.¹⁶ Los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad equivalen a la abrogación de la ley del orden jurídico, operando *ex nunc* (hacia el futuro), sin destruir situaciones jurídicas concretas habidas bajo la vigencia de la ley de que se trate.

Como se puede apreciar de lo anterior, el sistema austríaco de revisión constitucional de normas “asume la naturaleza de un control constitutivo de la invalidez y consiguiente ineficacia de las leyes contrarias a la Constitución”.¹⁷ Entonces el Tribunal Constitucional, en lugar de rivalizar con el órgano legislativo, acaba por ser su natural complemento, al enjuiciar “exclusivamente la validez de la norma por vía de la simple lógica racional apartada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando como un *legislador negativo*; si bien se trata de un legislador que no procede espontáneamente, sino a instancia de parte y la parte es el juzgador *a quo*”.¹⁸ Además, la sentencia de la Corte que anule el acto puede condenar a la autoridad responsable o establecer la obligación a cargo de cualquier otra autoridad administrativa de reparar la situación jurídica del sujeto afectado, así como el cuidado de la ejecución de la sentencia cuando ésta sea condenatoria.

¹⁶ Frisch Philipp, Walter, “La forma como se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca, creada por él”, trad. de Elsa Bieler, *Jurídica, Anuario Escuela de Derecho*, México, julio de 1970, p. 135.

¹⁷ Capelletti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de derecho*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, Méx., t. XVI, núm. 61, ene-mar de 1966, p. 66.

¹⁸ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, nota 15, p. 2107.

3. El control constitucional de normas en Alemania

Se puede decir que los antecedentes más remotos en materia de justicia constitucional en “Alemania se encuentran en la Constitución de Weimar de agosto de 1919, misma que de conformidad con el artículo 108 instituyó al Tribunal de Justicia Constitucional, cuyas funciones estaban reglamentadas por la ley del 9 de julio de 1921. Dicho Tribunal tenía competencia, aunque limitada, para resolver los litigios que surgieran entre la Federación y los Land (Estados miembros)”,¹⁹ teniendo al igual competencia para conocer de los recursos establecidos para la protección de los derechos fundamentales establecidos a favor de los gobernados.

Una vez “finalizada la segunda guerra mundial y consigo la caída del injusto régimen nacionalsocialista, se tuvo que construir una democracia en el marco del estado de derecho sobre los escombros del antiguo orden”.²⁰ La vigente Constitución de Alemania Occidental (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949), instituye un Tribunal Constitucional Federal, inserto en el poder judicial, establecido en el artículo 92²¹ constitucional,

¹⁹ Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, nota 7, p. 75.

²⁰ Lösing, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, trad. de Anzola Gil, Marcela, España, Konrad-Adenauer-Stiftung- Dykinson, 2002, p. 36

²¹ Artículo 92

Se encomienda a los jueces (Richter) el poder judicial (die rechtsprechende Gewalt), que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal (das Bundesverfassungsgericht), por los Tribunales Federales (Bundesgerichte) que se prevén en la presente Ley Fundamental y los tribunales de los Estados (die Gerichte der Lander). Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>, consultado el 26 de Julio de 2014.

señalando en los artículos 93²² y 94²³ la competencia y composición de éste Tribunal, quien por medio de la jurisdicción concentrada conocerá

²² Artículo 93

1. El tribunal Constitucional Federal decidirá:

1) sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo;

2) en casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal;

2.a) en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land; (Añadido 27/10/1994);

3) en el supuesto de discrepancia sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los Estados y en el ejercicio de la supervisión federal;

4) en otros conflictos de derecho público entre la Federación y los Estados, entre diversos Estados o dentro de un mismo Estado, cuando no se dé otro recurso;

4.a) sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104;

4.b) sobre reclamaciones constitucionales de municipios y asociaciones de municipios por infracción del derecho de autonomía administrativa del artículo 28 en una ley, si bien, cuando se trate de leyes regionales sólo en el supuesto de que no quepa recurso ante el Tribunal Constitucional del Estado en cuestión;

5) en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

2. El Tribunal Constitucional Federal actuará además en los demás supuestos que le incumban en virtud de lo previsto en alguna ley federal.

²³ Artículo 94.

1. El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto de jueces federales (Bundesrichter) y otros miembros.

de la interpretación de la Constitución respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano constitucional o de otros interesados dotados de derechos propios en la Constitución junto a otros conflictos constitucionales entre la Federación y los Estados que la componen, entre otras competencias sobre materia constitucional que se le atribuyen por la Norma Suprema y demás leyes que de ella emanen.

De lo expuesto, la Corte Constitucional Federal en particular conoce en todo lo referido al control de normas (abstractas y concretas) (Constitución, artículo 93 [1] n° 1, 100), y entiende en litigios surgidos entre diferentes órganos del Estado (Constitución, artículo 93 [1] n° 2), controversias entre el Estado federal y los *Länder* (Constitución, artículo 93 [1] n° 2 a, 3, 4) y recursos de amparo interpuestos por los ciudadanos (Constitución, artículo 93 [1] n° 4 a, 4 b); en el juicio político al Presidente de la República (artículo 61, Constitución) y a los jueces (Constitución, artículo 98 [2]), en recursos de queja sobre control de las elecciones (Constitución, artículo 41), así como en procedimientos sobre privación de los derechos fundamentales

Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por la Dieta Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer a la Dieta Federal, al Consejo Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estado alguno.

2. Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de apelación, así como prever un procedimiento especial de recepción de los asuntos. Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, consultado en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>, el 26 de Julio de 2014.

(Constitución, artículo 1) e inconstitucionalidad de los partidos políticos (Constitución, artículo 21 inciso II frase “2” LF).

Siendo “una Ley Federal la que regula la organización y procedimientos del Tribunal (la ley del Tribunal Constitucional Federal del 3 de febrero de 1971, modificada parcialmente, entre otras, por las leyes de 2 de marzo de 1974, de 24 de agosto de 1976 y la de 20 de marzo de 1979. Existe también un reglamento interno del Tribunal Constitucional de 2 de septiembre de 1975, modificado por resolución de 5 de diciembre de 1978)”.²⁴ Desprendiéndose todo ello de lo establecido por los artículos 92 al 104 de la Constitución Federal alemana, que comprende el capítulo IX, de la jurisdicción (Die Rechtsprechung), refiriendo al poder judicial (die rechtsprechende Gewalt), al cual como se ha señalado se encuentra inserto el Tribunal Constitucional Federal (das Bundesverfassungsgericht), se encargará del control constitucional de normas generales por medio de los mecanismos establecidos para ello en la Constitución alemana, mismos que serán abordados a continuación.

A. *Los medios establecidos para el control de normas en el sistema jurídico de Alemania*

En el sistema jurídico alemán encontramos cuatro medios establecidos por la Constitución para el control de leyes, que consisten en el proceso de inconstitucionalidad instaurado por vía incidental, el proceso de inconstitucionalidad instaurado por vía principal, los procesos sobre

²⁴ Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 9, p. 33.

conflictos entre órganos constitucionales y el recurso de queja constitucional, siendo el único órgano competente para resolverlos el Tribunal Constitucional Federal, mismos procedimientos que serán abordados a continuación.

a. Proceso de inconstitucionalidad instaurado por vía incidental

Se encuentra regulado en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 100²⁵ de la Constitución alemana, por medio de este se consigue evitar la aplicación en un proceso, ante la jurisdicción ordinaria, de una ley inconstitucional.

En el caso de que un órgano jurisdiccional dude sobre la constitucionalidad de la norma a aplicar en un litigio concreto, por lo

²⁵ Artículo 100.

1. En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso, y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal.

2. Si en un litigio jurídico fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos (art. 25), el tribunal deberá recabar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal.

3. Cuando, con motivo de la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional de un Estado tenga la intención de apartarse de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, deberá recabar resolución del Tribunal Constitucional Federal.

tanto deberá enviar la cuestión al Tribunal Constitucional Federal para que la decida (es un control concreto), suspendiendo el procedimiento hasta en tanto se resuelva sobre la constitucionalidad o no de la norma, también puede llevarse a cabo este proceso con motivo de la interpretación de la Ley Suprema cuando el Tribunal Constitucional de un Estado tenga la intención de apartarse de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, deberá previamente recabar la resolución del Tribunal Constitucional Federal.

b. Proceso de inconstitucionalidad instaurado por vía principal

Establecido en el artículo 93, (1) n° 1,²⁶ de la Norma Suprema, se ventila en este tipo de proceso la constitucionalidad de una norma sin que se haya producido agravio concreto (control abstracto), sobre la interpretación de la Constitución con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por la Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo. La legitimación corresponde al Gobierno Federal, a los Gobiernos de los “Lander” y a un tercio de los miembros del “Bundestag” (Parlamento).

²⁶ Artículo 93. 1. El tribunal Constitucional Federal decidirá:

1) sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo;

c. Procesos sobre conflictos entre órganos constitucionales

Instaurado por el artículo 93 (1) nº 2, 2a, 3 y 4²⁷ en éstos procesos se resuelven los conflictos que, en el ejercicio de sus funciones, pueden plantearse entre las competencias de unos órganos con otros. Pudiendo promoverse en los casos de discrepancia o dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o de un derecho de un Estado con la Constitución o de un derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, así como en casos de conflicto sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, o discrepancia de derecho público entre Federación y Estados; podrán promoverlos el gobierno federal, los gobiernos regionales o un tercio de los componentes de la Dieta Federal.

²⁷ 2) en casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal;

2.a) en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land; (Añadido 27/10/1994).

3) en el supuesto de discrepancia sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los Estados y en el ejercicio de la supervisión federal;

4) en otros conflictos de derecho público entre la Federación y los Estados, entre diversos Estados o dentro de un mismo Estado, cuando no se de otro recurso;

d. Recurso de queja constitucional

En esencia este se encuentra establecido en los artículos 93 (1) n° 4 a y 4 b,²⁸ es un recurso análogo al de amparo frente a los actos inconstitucionales de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) que lesionen derechos individuales a los que se concede esa tutela en la Constitución. Está sometido a un breve plazo de interposición (un mes), salvo cuando se impugne una ley. En general, exige el agotamiento de los demás recursos jurídicos, aunque en casos excepcionales el Tribunal puede dispensar de la vía previa si se considera que la cuestión es de interés general; tampoco se exige la vía previa cuando la lesión que pueda sufrir el interesado sea grave e irreparable. La legitimación se restringe a la persona afectada.

B. Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional alemán

En Alemania, es el país donde se originó la idea de que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional tenían fuerza de ley, ya que “en un principio se percibía al juicio de constitucionalidad como una actividad legislativa más que como una labor jurisdiccional.

²⁸ 4.a) sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104;

4.b) sobre reclamaciones constitucionales de municipios y asociaciones de municipios por infracción del derecho de autonomía administrativa del artículo 28 en una ley, si bien, cuando se trate de leyes regionales sólo en el supuesto de que no quepa recurso ante el Tribunal Constitucional del Estado en cuestión.

Actualmente, esta característica se expresa en la capacidad con que cuentan las sentencias del TC, que declaran la inconstitucionalidad de una ley, de dejar sin efectos generales dicha norma”.²⁹ Partiendo de la ideología kelseniana de considerar a este Tribunal como un legislador negativo, al tener las resoluciones que declaraban la inconstitucionalidad de la norma y por consecuencia su nulidad, efectos generales, y por lo tanto debía ser observada como la ley por todas las autoridades, aun las que no hayan participado en el procedimiento del cual emanó la sentencia que anulaba la disposición general.

Por lo tanto, “cuando el Tribunal Constitucional se pronuncia por la inconstitucionalidad de una ley, su dictamen tiene valor de legislación real, porque el mismo contiene una interpretación que es obligatoria para todas las autoridades federales y estatales así como para los tribunales, debido a su eficacia general *erga omnes*”,³⁰ ello conforme a lo establecido por “el artículo 31, parágrafo 1 de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional, ordena, en contra de la tradición jurídica alemana, que las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales, así como a todos los tribunales y autoridades públicas. El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional constituye la expresión procesal de la supremacía de la Constitución”,³¹ sobre demás leyes existentes en

²⁹ Eguiguren Praeli, Francisco José, “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, *Constitucionalismo y derechos humanos*, en García Belaunde, Domingo (Coord.), Perú, Instituto iberoamericano de derechos humanos, 2002, p. 48.

³⁰ Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, nota 7, p. 77.

³¹ Grote, Rainer, “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria en el sistema alemán: tutela contra sentencias, La ciencia del derecho procesal constitucional”, *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus*

el sistema jurídico alemán, y que deben acatar todas las autoridades y órganos de Estado.

Asimismo, además de tener efectos generales, tal declaración de inconstitucionalidad, “puede asumir efectos retroactivos *extunc*, respecto de situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su anulabilidad tanto en materia criminal como civil, mediante una revisión extraordinaria. Por otro lado, la decisión del Tribunal tiene tal fuerza, que el legislador no podrá dictar una nueva ley con un contenido similar a la anulada y las autoridades no podrán repetir el acto lesivo a los derechos”,³² con lo cual se busca de esta forma afirmar una interpretación uniforme de las normas, ello con el fin de proteger los derechos de todo gobernado. Asimismo, para que pueda tener efectos plenos la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Federal en un conflicto de los relatados, deberá ser publicada en el medio oficial de la República Federal alemana.

4. El control constitucional de normas en España

El control constitucional en España sigue las incidencias de su singular vida política en los dos últimos siglos; al confeccionarse la vigente “Constitución de 1978 no existía una experiencia histórica relevante de control de constitucionalidad en el Derecho español, por lo que ésta se inspiró en los modelos comparados, especialmente europeos”,³³ como

cincuenta años como Investigador de las Ciencias Jurídicas, Tribunales constitucionales y democracia, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, - UNAM, 2008, t. II, p. 777.

³² Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, nota 7, pp. 75-76.

³³ Sospedra Navas, Francisco José, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, España, Aranzadi, 2011, p. 49.

Austria y Alemania. Al igual que en estos países el control de la constitucionalidad en España es llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, instituido en el título IX, de su actual Constitución, que comprende del artículo 159 al 165. De acuerdo con el contenido de estos preceptos el control establecido pertenece a la tipología de la jurisdicción concentrada en materia de defensa de la constitucionalidad, facultándolo para ejercer los siguientes controles:

- 1°. Control abstracto de constitucionalidad, a través del recurso de inconstitucionalidad;
- 2°. Control concreto a través de las cuestiones de inconstitucionalidad y del recurso de amparo constitucional;
- 3°. Control preventivo de la constitucionalidad de tratados internacionales;
- 4°. Es también tribunal de conflictos para resolver los que surjan entre el Estado y las Comunidades autónomas o la de éstas entre sí; y
- 5°. Tiene atribuida competencia residual en función a lo que dispongan las leyes orgánicas.³⁴

De lo anterior se desprende que el Tribunal Constitucional en España tiene no solo competencia para el control constitucional de leyes, sino también para resolver de recursos de amparo; conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, o de éstas entre sí; conflictos entre órganos constitucionales; conflictos de protección de la autonomía local; y cuestiones relativas a la constitucionalidad de los tratados internacionales, ello de acuerdo con

³⁴ Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 9, p. 41

lo establecido por el “artículo 161”³⁵ de la Constitución y el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecen la facultad del Tribunal Constitucional para conocer de los señalados procedimientos.

La defensa de la Constitución contra normas generales se encuentra concentrada en el Tribunal constitucional quien tiene el monopolio para verificar su constitucionalidad. Derivado de ello los Tribunales ordinarios no cuentan con facultades para anular o no aplicar leyes que se consideren inconstitucionales, sino que deben plantearlas al “Tribunal Constitucional, quien resolverá mediante un pronunciamiento con efectos *erga omnes*. El cuestionamiento de los Tribunales

³⁵ Artículo 161. Competencia del Tribunal Constitucional:

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:
 - Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
 - Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
 - De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
 - De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.
2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Constitución Española de 1978, consultado en:

http://www.lamoncloa.gob.es/espana/leyfundamental/Paginas/titulo_noveno.aspx, el 31 de julio de 2014.

ordinarios no puede realizarse en abstracto, siendo necesario que la ley en cuestión sea aplicable a un caso concreto del que esté conociendo el Tribunal ordinario y, además, que de la validez de esa ley dependa el sentido del fallo”³⁶ del procedimiento judicial.

El control de la ley sólo podrá llevarse a cabo por el Tribunal Constitucional español, los Tribunales ordinarios estarán obligados a interpretar el conjunto del ordenamiento de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia constitucional. “Deben, pues, contrastar las leyes con la Constitución en el momento de aplicarlas en un caso concreto. Sin embargo, si el resultado de ese contraste es un juicio negativo, los Tribunales ordinarios no pueden no aplicar la ley examinada, sino que deben remitirla para su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional”.³⁷ Desprendiéndose de todo lo expuesto que dicho órgano será el único encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad de normas generales, realizando esta labor por conducto de los diversos medios establecidos para tal fin por la propia Constitución.

A. Los medios establecidos para el control de normas en el sistema jurídico de España

Como se ha señalado en líneas previas, dentro del sistema jurídico español encontramos diversos medios establecidos para el control de la constitucionalidad de la ley y normas con rango o valor de ley. En esta categoría se comprenden las leyes formales (tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas), “los Estatutos de Autonomía, los

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los Tribunales y Salas constitucionales en Iberoamérica*, VII conferencia iberoamericana de justicia constitucional, México, SCJN, 2009, p. 493.

³⁷ *Ídem*.

decretos legislativos”,³⁸ “los decretos–leyes”,³⁹ los Reglamentos de las Asambleas parlamentarias (nacional y autonómicas) y los tratados internacionales; que consisten en el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y el control previo de tratados internacionales, tratándose de los dos primeros, con tales procedimientos como lo indica el “artículo 27.1” de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se pretende garantizar la primacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad o disconformidad con las leyes, disposiciones o actos impugnados; así también el control previo de tratados internacionales es un medio de control preventivo que faculta al Tribunal realice la previa revisión constitucional a la celebración de un tratado internacional para que verifique que este no contenga estipulaciones contrarias a la Norma Suprema. Procedimientos que serán estudiados a continuación.

a. Recurso de inconstitucionalidad

El recurso de inconstitucionalidad “es un mecanismo de impugnación directa de normas con fuerza de ley, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, que tiene por objeto plantear el control

³⁸ Normas legislativas elaboradas por el Gobierno en virtud de una delegación de las Cortes Generales “Parlamento nacional” (artículo 82 de la Constitución Española).

³⁹ Normas con valor de ley elaboradas por el Gobierno nacional sin delegación parlamentaria previa (artículo 86 de la Constitución Española). Su ámbito de actuación no coincide exactamente con el de las leyes parlamentarias y sólo pueden dictarse en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Su vigencia no puede superar los treinta días si no son convalidados en ese plazo por el Congreso de los Diputados (Cámara baja).

abstracto de dichas normas,⁴⁰ están facultados para promover los órganos establecidos por el “artículo 162.1”⁴¹ de la Constitución Española, que son el Presidente del Gobierno de la Nación, 50 Diputados (El Congreso se compone de un mínimo de 300 a un máximo de 400 Diputados, de conformidad a lo establecido por el artículo 68.1⁴² de la Constitución Española) o Senadores nacionales (legitimando así a las minorías parlamentarias), Gobiernos y Parlamentos autonómicos, estando legitimados para promoverlo contra leyes que afecten su propio ámbito de autonomía, y el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para impugnar cualquier ley, aunque su función es velar por los derechos fundamentales, la norma podrá impugnarse en el plazo de tres meses a partir de la publicación oficial, de conformidad a lo establecido por el artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Aunque el plazo de tres meses se puede ampliar a nueve meses en el caso de que “el recurso tenga contenido competencial, esto es, verse sobre el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. La finalidad de esta ampliación es dar la posibilidad de que las administraciones estatal y autonómica involucradas puedan abrir un procedimiento pre-contencioso de colaboración tendiente a

⁴⁰ Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de justicia constitucional*, España, Aranzadi, 2010, p. 59.

⁴¹ 1. Están legitimados:

Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

⁴² Artículo 68.

1. El Congreso de los Diputados. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley.

evitar la sustanciación definitiva del recurso de inconstitucionalidad mediante un acuerdo”⁴³ que tienda a modificar, en su caso, el correspondiente texto normativo que se considera contrario a la Constitución, ello de acuerdo a lo establecido por el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

b. Cuestión de inconstitucionalidad

Respecto a “la cuestión de inconstitucionalidad se ocupa de un control concreto de la norma legal”,⁴⁴ sólo pueden instar los Jueces y Tribunales ordinarios, en cualquier momento, siempre que tengan dudas sobre la constitucionalidad de una norma legal que vayan a aplicar en un proceso del que se encuentren conociendo y de cuya validez dependa el fallo, de conformidad a lo establecido por el artículo 163⁴⁵ de la Constitución Española, asimismo el propio Tribunal Constitucional podrá plantearse una cuestión de inconstitucionalidad al conocer de un recurso de amparo (competencia de las Salas y Secciones del Tribunal) dirigido contra un acto de aplicación de una ley que pudiera ser inconstitucional. “En ese caso, de entender la Sala o Sección competentes que la demanda de amparo debiera estimarse porque la ley

⁴³ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, nota 40, pp. 59-60.

⁴⁴ Bulnes, Mar Jimeno, “El control concentrado de constitucionalidad en España”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 374.

⁴⁵ Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, habrá de suspenderse el proceso de amparo y cuestionarse la ley ante el Pleno, el cual dictará finalmente Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley”,⁴⁶ (artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Se trata, por tanto, de una vía a través de la cual los particulares, que se encuentran legitimados para recurrir en amparo, pueden iniciar un control de constitucionalidad de la ley, que de manera directa no les está permitido.

Se considera que este instrumento cumple una doble finalidad, primero “asegurar el principio de supremacía constitucional, eliminando del orden jurídico aquellas normas que resultan contrarias a la Constitución, y tutelar los derechos de las partes en el proceso, los cuales pueden verse vulnerados por la aplicación de una norma inconstitucional”.⁴⁷ Desde una perspectiva jurisdiccional, se puede considerar un instrumento puesto a disposición de los jueces y tribunales ordinarios que permiten conciliar la doble obligación de estar sometidos al principio legalidad y constitucionalidad a la vez.

c. Control previo de constitucionalidad de tratados

El control preventivo de los tratados internacionales instituido en la Constitución española, “es el único mecanismo de control preventivo existente en España tras la desaparición del recurso previo de inconstitucionalidad respecto a los estatutos de autonomía y leyes

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 36, p. 495.

⁴⁷ Sospedra Navas, Francisco José, *op. cit.*, nota 33 p. 158.

orgánicas”.⁴⁸ De acuerdo con lo establecido por el artículo 95⁴⁹ de la Constitución de ese país la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional y pueden promoverlo el Gobierno nacional o cualquiera de las dos Cámaras de las Cortes Generales, con el fin de que el Tribunal Constitucional declare si éste es acorde o no a la Constitución.

Por lo que, “el control previo de tratados posee una configuración particular, distinta del resto de los procesos constitucionales, porque su objeto no es, o no tiene por qué ser, exactamente impugnatorio. En algunos casos podría ser de carácter no contencioso”,⁵⁰ como algo parecido al tipo consultivo, su resolución no adopta la forma de una sentencia sino de declaración, ocupándose este procedimiento de comprobar si existe obstáculo constitucional al otorgamiento del consentimiento a un tratado internacional, siendo la decisión, sometida a la Constitución y con carácter de vinculante, a este respecto el Tribunal Constitucional ha establecido “aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cause, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones

⁴⁸ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, nota 40, p. 80.

⁴⁹ Artículo 95. Los tratados internacionales y la Constitución

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

⁵⁰ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, nota 40, p. 80.

jurídico-constitucionales”.⁵¹ Concluyendo, este tipo de procedimiento es un control preventivo que busca exclusivamente establecer si el tratado internacional por celebrarse no es contrario a los principios establecidos en la Norma Suprema, ello con la finalidad de que todos los tratados celebrados por el gobierno español, sean conformes con ella, y no existan en el sistema jurídico pactos internacionales vigentes considerados contrarios a la Norma Suprema y así evitar se promuevan futuros recursos de inconstitucionalidad contra éstos.

B. *Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español*

Las sentencias estimatorias “son las que realmente producen auténticos efectos generales, pues la anulación de la norma crea el efecto de que nunca más sobre aquélla podrá producirse cuestión alguna, cuales sean las motivaciones o los cambios producidos en las situaciones de hecho, por la sencilla razón de que producen efectos análogos a los de la derogación de la ley”.⁵² Entonces, tienen sólo eficacia aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley o de una disposición con rango de ley al tener el valor de cosa juzgada con efectos plenos frente a todos *erga omnes*, desprendiéndose ello de lo establecido por el artículo 164.1⁵³ de la Constitución española. Así

⁵¹ (Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, FJ. 1), *Ibidem.*, p. 81.

⁵² Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 9, p. 247.

⁵³ Artículo 164. Sentencias del Tribunal Constitucional.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el <<Boletín Oficial del Estado>> con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma

también para que ésta pueda tener efectos es necesario su publicación en el Boletín Oficial del Estado, insertando en ella los votos particulares, si llegase a haberlos, teniendo el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su publicación.

Tratándose del “plano teórico, la distinción más importante desde el punto de vista de los efectos es la que diferencia la estimación del recurso o cuestión de inconstitucionalidad por motivos formales o por motivos sustantivos. En el caso de motivos formales, la declaración de inconstitucionalidad lleva aparejada la disconformidad con la Constitución de la norma impugnada, al margen de la interpretación que se haga de la misma”,⁵⁴ o sea sin importar cuál sea la exégesis que se haga al momento de resolver la inconstitucionalidad de la norma, la declaratoria deberá surtir efectos plenos desde el día siguiente a su publicación.

Respecto a la “declaración de inconstitucionalidad por motivos sustantivos, pueden darse estimaciones íntegras, con declaración de nulidad de la norma por incompatibilidad con el texto constitucional, o bien estimaciones parciales, en lo que se ha denominado sentencias interpretativas, en cuyo caso el objeto de la declaración de inconstitucionalidad son las formulaciones normativas incompatibles con el texto constitucional, quedando salvadas otras”.⁵⁵ En éste caso se puede considerar que podrían surgir sentencias parciales declarando inconstitucional solo en parte de las normas cuestionadas y por lo tanto, quedan intocadas otras disposiciones del mismo cuerpo normativo.

con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

⁵⁴ Sospedra Navas, Francisco José, *op. cit.*, nota 33, p. 209.

⁵⁵ *Ibidem.*, pp. 209-210.

En consecuencia, la eficacia de la sentencia en el modelo de control constitucional de normas español, se encuentra fundamentada en el artículo 164 de la Constitución de ese país y en los artículos 38 al 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se identifica con el control de constitucionalidad de los sistemas europeos, por tanto, generalmente las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o de una disposición con rango de ley, la anulan con efectos generales, siendo algo semejante a una derogación de la norma con efectos plenos, respetándose las situaciones creadas por la norma declarada inconstitucional por razones del principio de certeza jurídica, con las diversas salvedades que pueden derivar de la aplicación del principio de retroactividad de la ley en materia penal en base al principio *pro personae*.

Conclusiones

La gran mayoría de los países del continente europeo, se inclinaron por el sistema concentrado de la constitucionalidad de normas, estableciendo Tribunales Constitucionales para que de forma exclusiva llevaran a cabo esta labor, facultándolos para expulsar con efectos generales cualquier norma que pugne con la Constitución, los países que desarrollaron ampliamente este sistema son Austria, Alemania y España.

En Austria el control constitucional de normas generales se lleva a cabo mediante el proceso por inconstitucionalidad de leyes planteado por vía directa o principal, el proceso por inconstitucionalidad de las leyes suscitado de forma incidental, los procesos sobre conflictos de atribuciones, el recurso de amparo, el control de Tratados Internacionales, las sentencias que llegasen a dictar en cualquiera de

estos procedimientos, por el Tribunal Constitucional únicamente podrá anular una ley como inconstitucional con efectos generales, cuando se haya solicitado de forma expresa su anulación o tenga que aplicarla en un litigio pendiente ante el propio Tribunal.

El control concentrado en Alemania, se realiza mediante el proceso de inconstitucionalidad instaurado por vía incidental, y por vía principal, los procesos sobre conflictos entre órganos constitucionales y el recurso de queja constitucional, los efectos de las sentencia dictadas por el Tribunal Constitucional al momento de resolver cualquiera de estos procedimientos, por otra parte son generales cuando se demuestre la inconstitucionalidad de la norma, además de ello, puede asumir efectos retroactivos, respecto a situaciones jurídicas establecidas con anterioridad a su anulación, tanto en materia criminal como civil, mediante la revisión extraordinaria.

El control constitucional en España es notoriamente concentrado, estableciéndose para ello el control abstracto de constitucionalidad, a través del recurso de inconstitucionalidad, el control concreto a través de las cuestiones de inconstitucionalidad y del recurso de amparo constitucional, el control previo de la constitucionalidad de tratados internacionales, asimismo al Tribunal Constitucional se le faculta para resolver conflictos que surjan entre el Estado y las Comunidades autónomas o la de éstas entre sí, y se le atribuye competencia residual en función a lo que dispongan las leyes orgánicas, los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en el caso de ser estimatorias producen efectos generales, pues la anulación de la norma crea el efecto de que nunca más sobre ella podrá motivarse cuestión alguna.

BIBLIOGRAFÍA

- Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional*, (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), 2a. ed., España, Tirant lo Blanch, 1989.
- Capelletti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de derecho*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, t. XVI, núm. 61, enero-marzo de 1966.
- Castrillón y Luna, Víctor M., “El control constitucional en el derecho comparado”, en Díaz Müller Luis T. (coord.), *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Eguiguren Praeli, Francisco José, “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, *Constitucionalismo y derechos humanos*, en García Belaunde, Domingo (Coord.), Perú, Instituto iberoamericano de derechos humanos, 2002.
- Ferrerres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, España, Marcial Pons, 2011.
- Frisch Philipp, Walter, “La forma como se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca, creada por él”, trad. de Elsa Bieler, *Jurídica, Anuario Escuela de Derecho*, México, julio de 1970.
- Grote, Rainer, “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria en el sistema alemán: tutela contra sentencias, La ciencia del derecho procesal constitucional”, *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como Investigador de las Ciencias Jurídicas, Tribunales constitucionales y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008, t. II.

- Haro, Ricardo, "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 10a. ed., Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, Asociación Civil, 2004, t. I.
- Márquez Piñero, Rafael, "La jurisdicción constitucional", Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, *Derecho procesal*, Primera parte, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1988, t. III.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, Asociación Civil, 10a. ed., 2004, t. I.
- Lösing, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, trad. de Anzola Gil, Marcela, España, Konrad-Adenauer-Stiftung-Dykinson, 2002.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 12a. ed., España, Marcial Pons, 2010.
- Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de justicia constitucional*, España, Aranzadi, 2010.
- Bulnes, Mar Jimeno, "El control concentrado de constitucionalidad en España", en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Sospedra Navas, Francisco José, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, España, Aranzadi, 2011.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los Tribunales y Salas constitucionales en Iberoamérica*, VII conferencia iberoamericana de justicia constitucional, México, SCJN, 2009.

Legislación

Constitución de Austria.

Constitución de España

Constitución de Weimar.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España

Consultas en Internet

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>,
consultado el 25 de julio de 2016.

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>,
consultado el 25 de julio de 2016.

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>,
consultado el 26 de julio de 2016.

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>,
consultado el 26 de julio de 2016.

http://www.lamoncloa.gob.es/espana/leyfundamental/Paginas/titulo_noveno.aspx, consultado el 31 de julio de 2016.

La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español

Alejandro Villanueva Turnes *

Sumario: Introducción. I. Vinculación de los poderes públicos. II. Desarrollo mediante ley. III. Respetar el contenido esencial. IV. Procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria. V. Recurso de amparo. VI. Defensor del Pueblo. VII. Reforma constitucional. VIII. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo trata de ofrecer una visión de las garantías con las que cuentan los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico español. La metodología empleada ha consistido en un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial. Así, podemos observar como en España, los derechos fundamentales encuentran una protección destacable, mediante diferentes mecanismos. De esta manera es que se pone de relieve la importancia de estos derechos y la necesidad de que sean respetados y restablecidos contra toda vulneración.

Palabras clave: Derechos fundamentales; garantías constitucionales.

Abstract: This study aims to provide a review of the guarantees that the fundamental rights have in the spanish legal system. The methodology of this study consisted in a legal, doctrinal and jurisprudencial analysis. Thus, the important level of protection, with different mechanisms, that the

* Licenciado en Derecho. Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas. Actualmente Investigador en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: Alejandro.villanueva@usc.es

fundamental rights have in Spain can be appreciated. This way the relevance of these rights is highlighted, and also the need of respect and restore them against any infringement.

Key words: Fundamental rights; constitutional protection; guarantees;

INTRODUCCIÓN

En el momento en el cual se procedió a la elaboración de la Constitución Española de 1978, uno de los grandes temas que impregnaba el ambiente era el establecimiento de un elenco de derechos fundamentales con sus correspondientes garantías. De esta manera, nos encontramos como el Título I de la Carta Magna se rubrica de la siguiente forma: “De los derechos y deberes fundamentales”. Este Título presenta diversas divisiones en el que se pueden observar no solo el nombramiento de los distintos derechos fundamentales, sino también algunas de sus garantías. Debe tenerse presente que son cinco los Capítulos que conforman el Título I:

- Capítulo Primero: “De los españoles y de los extranjeros”;
- Capítulo Segundo: “Derechos y libertades” (dentro del cual existe una doble división, por un lado, la Sección 1ª: “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, y por otro la Sección 2ª: “De los derechos y deberes de los ciudadanos”);
- Capítulo Tercero: “De los principios rectores de la política social y económica”;
- Capítulo Cuarto: “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”;
- Capítulo Quinto: “De la suspensión de los derechos y libertades”.

En todo caso debemos plantearnos una importante cuestión que debe ser, al mismo tiempo, nuestro punto de partida. ¿Qué son los derechos fundamentales? Si acudimos a distintos diccionarios jurídicos, nos encontraremos con que se emplea esta expresión para aludir a aquellos derechos relevantes para los individuos, sabiendo que, por su importancia, se les dota de las máximas garantías y protección.¹

El Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en relación a los derechos fundamentales señalando que éstos presentan un doble carácter. Específicamente, el Máximo Intérprete del Texto Constitucional afirma en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio, que «en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)».²

Señalado lo anterior, y con una idea básica de los derechos a los que nos estamos refiriendo, nos encontramos con que, de los Capítulos que constituyen el Título I, va a ser el Capítulo Segundo el que establece lo que se ha denominado doctrinalmente como la «Declaración de derechos de la Constitución de 1978».³

¹ Fernández Martínez, Juan Manuel, Diccionario jurídico, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 251.

² Fundamento Jurídico 5.

³ Blanco Valdés, Roberto Luis, La Constitución de 1978, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 277.

Por su parte, el Capítulo Cuarto hace alusión a una serie de garantías. Dicho Capítulo está formado por dos artículos, el 53 y 54. Dado que estos dos preceptos serán el núcleo central de nuestro estudio, aunque no el único, procederemos, en esta introducción, a exponer su tenor literal. De esta manera, el primero de ellos, es decir, el artículo 53 dice:

«1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

El artículo 54, por su parte, reza del siguiente modo:

«Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales».

Sabiendo, por lo tanto, donde aparecen las garantías dentro del Título I procederemos a lo largo de este estudio a resaltar las distintas garantías que rodean a este tipo de derechos tan relevantes dentro del sistema constitucional español, de tal manera que podremos determinar el nivel de protección con el que cuentan.⁴

I. Vinculación de los poderes públicos

Siguiendo el orden que aparece en el artículo 53 CE, citado en el epígrafe anterior, la primera de las garantías que vamos a tratar es la relativa a la vinculación de los poderes públicos. A simple vista, esta garantía parece sencilla de entender sin necesidad de mucha explicación añadida. Sin embargo, nos encontramos con cuestiones relacionadas con esta característica que requieren especial atención. Como resulta evidente, los derechos recogidos en la Constitución a los que estamos referenciando, no suponen una regulación exhaustiva de lo que en ellos se disponen, de tal manera que la especificidad de lo establecido en la Carta Magna irá acompañada de un desarrollo de lo que en ella se establece. Sin embargo, ¿qué sucede cuando este desarrollo no se produce? Es precisamente en la vinculación de los poderes públicos que encontramos en el artículo 53.1 *ab initio* donde hallamos la solución a esta interrogante. Esta vinculación ha derivado en lo que se conoce como la aplicación directa de estos derechos. A pesar de que esta aplicación directa no se establece con estas palabras en el precepto, se

⁴ Nos gustaría aclarar que no pretendemos hacer un estudio exhaustivo de las distintas garantías que se van a exponer, lo cual entendemos que es inabarcable en el número de páginas establecido, sino una mención a las mismas haciendo hincapié en aspectos relevantes a tener en cuenta.

trata de una consecuencia lógica. Esta aplicación directa ha sido indudablemente reconocida por el Tribunal Constitucional, el cual en su Sentencia 39/1983, de 16 de mayo, lo afirma de forma absolutamente clara: «conviene recordar una vez más que los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (art. 53 de la Constitución)».⁵

Junto con esta aplicación directa que va de la mano con la vinculación de los poderes públicos, también debemos añadir una vinculación de los ciudadanos, la cual se obtiene por la confrontación del artículo 9.1 de la propia Constitución, que dice específicamente que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».⁶

II. Desarrollo mediante ley

El desarrollo normativo de los derechos fundamentales, que resulta tan necesario, también se encuentra rodeado por una garantía, y es que la propia Constitución ha previsto, nuevamente en el artículo 53.1, que los Derechos y libertades que se encuentran en el Capítulo Segundo del Título I se regule su ejercicio mediante ley, la cual va a tener que ser orgánica si se trata de los derechos recogidos bajo la nomenclatura de “derechos fundamentales y libertades públicas”. Esto último se obtiene

⁵ Fundamento Jurídico 2.

⁶ La doctrina ha denominado como vinculación negativa a la del artículo 9.1 (ante la implicación de no vulnerar la Constitución) y vinculación positiva a la del artículo 53.1. Gavara de Cara, Juan Carlos, “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pp. 277-278.

de la confrontación del artículo 81.1 de la Constitución, el cual dice concretamente que: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». El Tribunal Constitucional ha entendido estas previsiones de la manera explicada, y así lo ha manifestado en distintos pronunciamientos. Ejemplificando, podemos aludir aquí a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, en la cual se establece lo siguiente: «(...) derechos fundamentales y libertades públicas cuyo “desarrollo” está reservado a la Ley Orgánica por el art. 81.1 de la Constitución, son los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Primero (arts. 15 a 29 CE) y no cualesquiera otros derechos y libertades reconocidos en el Texto constitucional».⁷

III. Respetar el contenido esencial

Como resulta evidente, un desarrollo de un derecho puede hacerse de múltiples maneras y formas, con contenidos diversos. Esto podría hacernos pensar que el desarrollo que se lleve a cabo podría incluso venir a anular, en ciertos casos, el derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Ello sería, no obstante, un pensamiento erróneo, ya que el desarrollo que se realice debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental. Esto aparece especificado en el propio Texto Constitucional, concretamente en el ya mencionado artículo 53.1.⁸

⁷ Fundamento Jurídico 3.

⁸ Si bien es cierto que es posible que en la ley que desarrolla el derecho fundamental se puedan establecer limitaciones, el contenido esencial que tiene

Tal y como ha recalcado Parejo Alfonso,⁹ esta previsión relativa al contenido esencial encuentra su base en el artículo 19 de la Ley Fundamental Boon. Solozábal Echavarría¹⁰ afirma, de forma acertada, que lo que esta cláusula viene a establecer es un límite a la deformación del derecho establecido por el Constituyente, ya que ello supondría situarse por encima de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha hecho innumerables alusiones al contenido esencial de los derechos fundamentales. El propio autor mencionado¹¹ realiza, en su estudio, una alusión a una de las sentencias más llamativas, la cual ofrece una genérica definición de lo que es el contenido esencial. Estamos hablando de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, en la cual el Alto Tribunal ha señalado que, por contenido esencial, se va a entender «aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».¹²

que ser siempre respetado, va a actuar como el «límite de los límites». Aba Catoira, Ana, “El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 25-26.

⁹ Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, vol. 1., 1981, p. 170.

¹⁰ Solozábal Echavarría, Juan José, “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1999, p. 19.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Fundamento Jurídico 10.

IV. Procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria

Fuera del apartado primero del artículo 53, nos encontramos con el establecimiento de un procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria. No obstante, ello no se aplica a todos los derechos del Capítulo Segundo del Título I, sino únicamente para el artículo 14 y los preceptos de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I.

Aludiendo ahora a la significación de la preferencia y sumariedad, podemos afirmar que, lo pretendido por estos dos adjetivos en relación al procedimiento, equivale a una pretensión de rapidez. Dicho con otras palabras, lo que se persigue es que el procedimiento se desarrolle con celeridad, dada la importancia que rodea a los derechos que se ven inmiscuidos en él, lo cual es motivo para evitar las demoras. El Tribunal Constitucional se ha encargado de enfatizar el sentido que debe imperar en la presencia de estas dos características, de tal manera que ha afirmado que: «La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son “sumarios”, sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a “rapidez”. En definitiva, por proceso “sumario” tan solo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados».¹³

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1992, de 28 de mayo, Fundamento Jurídico 4.

Como ejemplo, puede verse la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece este procedimiento bajo la rúbrica de “Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona”, encontrándose en el Capítulo I del Título V, y en el Capítulo XI del Título II la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, se intitula “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

V. Recurso de amparo

Siguiendo en riguroso orden establecido en el artículo 53 CE, nos encontramos con el recurso de amparo. Este constituye, sin duda, una de las principales actividades encomendadas al Tribunal Constitucional. El recurso de amparo constitucional es, como bien indica su propio nombre, un recurso que se presenta ante el Tribunal Constitucional y que tiene un objeto determinado, el cual no es otro que los derechos fundamentales establecidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, a los que hay que añadir el artículo 14 y el 30.2, referidos al principio de igualdad y a la objeción de conciencia al servicio militar respectivamente.

Advierte Fernández Segado que no estamos ante un modelo de recurso de casación ni tampoco ante un juicio de revisión.¹⁴ Pérez Tremps ha destacado que se está ante una acción constitucional, siendo una acción de carácter autónomo que no se presenta ante un órgano

¹⁴ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1103.

superior jerárquicamente hablando.¹⁵ Figueruelo Burrieza, quien se refiere a este recurso como una «garantía constitucional», afirma que se trata de «un instituto medular de la actual organización jurisdiccional del Estado español».¹⁶ Al mismo tiempo, afirma la autora, de forma acertada desde nuestra perspectiva, que el tratamiento a este mecanismo debe darse desde la óptica de un recurso extraordinario que existe para la protección de los derechos ya mencionados.

Con motivo de una excesiva carga de recursos de amparo¹⁷ que se presentan cada año, en el 2007 se produce una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en virtud de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.¹⁸ Esto no resulta extraño, ya que hay que tener presente que, desde el momento en el cual el Tribunal Constitucional comienza su labor en el marco vigente de la Constitución Española de 1978, el 90% de los asuntos que llegan son recursos de amparo.¹⁹ De

¹⁵ Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de Justicia Constitucional*, Navarra, Thomson Reuters, 2016, p. 120.

¹⁶ Figueruelo Burrieza, Ángela, “Veintitrés años de recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 331.

¹⁷ Gimeno Sendra, Vicente y Morenilla Allard, Pablo, *Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Madrid, Colex, 2014, p. 179.

¹⁸ Esta relevante reforma, ha sido objeto de diferentes estudios entre los que citamos y recomendamos para su confrontación el elaborado por Fernández Rodríguez y Gude Fernández (Fernández Rodríguez, José Julio y Gude Fernández, Ana, “La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo”, en Pérez Trémeps, Pablo (coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 671-688).

¹⁹ Iglesias Báez, Mercedes, “El recurso de amparo constitucional en España: La difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales”, en Villanueva Turnes, Alejandro (coord.), *El Tribunal Constitucional Español: Una visión actualizada del Supremo Intérprete de la Constitución*, Madrid, Tébar Flores, 2017, p. 130.

esta manera, el artículo 50.1.b) hace referencia a la especial trascendencia constitucional como requisito para la admisión del recurso de amparo.

Resulta evidente que el concepto de especial trascendencia constitucional podía dar lugar a diversos planteamientos y perspectivas, por lo que no resultó extraño que el Alto Tribunal se pronunciara al respecto. Así, la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio, establecía una serie de directrices que permiten determinar cuándo nos encontramos ante una especial trascendencia constitucional. Concretamente se daría en los supuestos que a continuación se exponen:

«a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo;

b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal

Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesaria proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ);

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no de forma exclusiva, en determinados amparos electorales o parlamentarios».²⁰

Como puede apreciarse en este fragmento, el Tribunal Constitucional Español ha establecido siete situaciones en las que se entiende que existe la especial trascendencia constitucional que se ha convertido en requisito para la admisión del recurso de amparo. Sin embargo, la doctrina ha considerado que estos supuestos que han sido mencionados no son un elenco cerrado, sino que es factible argumentar otro diferente que justifique la especial trascendencia.²¹

²⁰ Fundamento Jurídico 2.

²¹ Así lo afirman, aludiendo a la resolución a la que se ha hecho mención, Pérez Tremps (Pérez Tremps, Pablo, Sistema de Justicia Constitucional, *op. cit.*, p. 138), González Beilfuss (González Beilfuss, Markus, "La especial trascendencia

VI. Defensor del Pueblo

Otra de las garantías existentes la encontramos, como no podía ser de otro modo, en la figura del Defensor del Pueblo. Como bien es sabido, una de las nomenclaturas típicas de esta figura es la de *Ombudsman*. Así, la doctrina en su amplia mayoría sitúa que el nacimiento del *Ombudsman* se encuentra en Suecia.

Se ha afirmado que, en Europa, la figura que acabamos de mencionar centra su existencia «en la identificación y la denuncia de los abusos que la administración pública comete, incluso cuando se mueve en la órbita de la legalidad. Es decir, su actuación se ve reducida a un mínimo común denominador de la defensa del ciudadano frente a la mala administración, pero siempre con la salvedad de que el poder de intervención del ombudsman, su verdadera razón de ser, reside, en definitiva, en el hecho de completar y corroborar el sistema del Estado de derecho».²²

En España, la Constitución establece en su artículo 54 que se trata de un alto comisionado de las Cortes Generales que tiene como misión la defensa de los derechos establecidos en el Título I. El mismo precepto señala que la figura será regulada mediante una Ley Orgánica, la cual

constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 346-347), Hernández Ramos (Hernández Ramos, Mario, “El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso”, en *Lex*, núm. 15, 2015, p. 157) o De Verda y Beamonte (De Verda y Beamonte, José Ramón, “Eficacia privada de los Derechos fundamentales y recurso de amparo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 13, pp. 57-58).

²² Moure Pino, Ana María, *El ombudsman. Un estudio comparado con especial referencia a Chile*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 22-23.

actualmente es la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo.

En atención a lo dispuesto en su normativa reguladora, el Defensor del Pueblo no solo puede actuar cuando los ciudadanos acuden a él, sino que también va a ser posible una actuación de oficio. Junto con esto, el Defensor del Pueblo en España va a tener la posibilidad de acudir al Supremo Intérprete de la Constitución. Esto es así en la medida en que está legitimado para interponer dos recursos importantes: el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad. El Defensor del Pueblo ha sido cauto en el uso del recurso de inconstitucionalidad, y es que, tal y como ha señalado Tajadura Tejada, de los recursos resueltos por el Tribunal Constitucional, los planteados por el Defensor del Pueblo se sitúa por debajo del 5%, aunque el autor advierte que en aquellas ocasiones en las que sí ha actuado el Defensor del Pueblo mediante la interposición del recurso, lo ha hecho para «garantizar los derechos de los ciudadanos».²³

Debemos tener presente que España es uno de los Estados más descentralizados que existen. Esto es una realidad innegable. Debido a este panorama, las Comunidades Autónomas tienen amplias competencias, no resulta extraña la existencia de este tipo de figuras en el plano autonómico. Así, en las distintas Comunidades Autónomas se han establecido figuras similares denominadas de diferentes maneras. Así, por ejemplo, recibe el nombre de Ararteko en el País Vasco; Personero del Común en Extremadura; Diputado del Común en Canarias; Justicia de Aragón en Aragón; Procurador del Común en Castilla y León; Procurador General en el Principado de Asturias;

²³ Tajadura Tejada, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 130.

Síndic de Greuges en Cataluña, la Comunidad Valenciana y las Islas Baleares; y Valedor do Pobo en Galicia.²⁴ Tal y como ha señalado González-Ares Fernández,²⁵ la posibilidad de que la propia Constitución incluyera figuras afines fue discutida en el Debate Constituyente, aunque sin prosperar ninguna de las propuestas, dejando sin mención dicha posibilidad.

En todo caso, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en su artículo 12.2, ha establecido la coordinación entre el Defensor del Pueblo y los órganos similares, consiguiendo solicitar el primero la cooperación de los segundos.

VI. Reforma Constitucional

Como última garantía a tener en cuenta, nos encontramos con la reforma constitucional.²⁶ La Constitución Española de 1978 se

²⁴ En relación con esto confróntese: Vera Padial, Mercedes, “Notas sobre la adaptación del *ombudsman* a los ordenamientos de las comunidades autónomas”, en *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 19, 1994, pp. 9-24; Sarmiento Méndez, Xosé Antón, “O *Ombudsman* de Galicia: regulación xurídico-institucional do órgano previsto no artigo 14 do Estatuto de Autonomía para Galicia”, en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 11.1, 2002, pp. 241-271; y San Martín, Juan, “Dos años de experiencia del primer Ombudsman del País Vasco”, en *Azpilcueta: cuadernos de derecho*, núm. 7, 1992, pp. 23-36.

²⁵ González-Ares Fernández, José Agustín, “O Valedor do Pobo: consideracións xerais sobre a institución”, en *Administración & Cidadanía*, núm. 5.1, 2010, p. 107.

²⁶ Para ampliar el conocimiento en relación a la reforma de la Constitución existen diferentes obras, entre las que se citan las siguientes a modo ejemplificativo: Rey Martínez, Fernando, “La reforma constitucional en España”, en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 403-409; Vera

caracteriza por ser una Norma rígida. Sin entrar en el debate relativo a si las disposiciones de reforma constitucional son las que han impedido más reformas constitucionales en España –en donde, dicho sea de paso, la Carta Magna ha sido reformada en dos ocasiones– o es la falta de interés por parte de los legitimados para reformarla, debemos centrarnos en la siguiente cuestión: ¿Por qué decimos que se trata de una garantía respecto de los derechos fundamentales?

Pues bien, la Constitución Española de 1978 contiene un doble procedimiento de reforma. Ambos procedimientos son difíciles, lo cual es esperable ante la pretensión de reformar no cualquier tipo de norma, sino la Norma Superior del ordenamiento jurídico. Sin embargo, uno de ellos es doblemente complejo, por lo que se les denomina como procedimiento ordinario y agravado.

Por lo dicho, toda alteración que se quiera llevar a cabo en la Constitución, va a tener que hacerse mediante un procedimiento de reforma complejo, que lo será más o menos en función de que parte del Texto Constitucional se quiera modificar.

El procedimiento de reforma agravado será el que deba seguirse en caso de querer modificar una parte de los derechos establecidos en el Capítulo Segundo del Título I, concretamente los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª. Por lo tanto, este elenco de derechos fundamentales va a contar con esta garantía añadida que el Constituyente de 1978 quiso imponer, aunque el resto de los contenidos en el Capítulo Segundo cuentan, de por sí, con la garantía del

Santos, José Manuel, *La reforma constitucional en España*, Madrid, Wolters Kluwer, 2008.

procedimiento ordinario, que recordamos que, a pesar de denominarlo ordinario, no deja de ser un procedimiento exigente. Concretamente, en atención al artículo 167 de la Constitución, en el procedimiento de reforma ordinario será necesario un acuerdo de las Cámaras por una mayoría de tres quintos. En el caso de no alcanzarse, se crea una Comisión de composición paritaria que tendrá el encargo de presentar un texto para ser votado en las Cámaras. Si aun así no prosperara, y siempre que en el Senado se haya alcanzado la mayoría absoluta, puede aprobarse en el Congreso con una mayoría de dos tercios. Si se aprueba, se podrá someter a un referéndum cuando una décima parte de los miembros de una Cámara lo soliciten.

Ahora, llegados a este punto nos planteamos entonces ¿Qué implica entonces el procedimiento de reforma agravado? Pues bien, en el artículo 168 CE se establece que este procedimiento va a requerir una aprobación de dos tercios en cada Cámara. Posteriormente se procederá a la disolución de las Cortes de forma inmediata. A continuación, a las Cámaras elegidas les va a corresponder ratificar la decisión y estudiar el nuevo texto que tendrá que ser aprobado por la mayoría de dos tercios de las dos Cámaras. Una vez esto se ha conseguido, se procede a la convocatoria de un referéndum obligatorio para que la ciudadanía se pronuncia al respecto.

Como puede observarse existen un número importante de pasos a cumplir que resultan ineludibles, y la mayoría exigida para la aprobación en las Cortes Generales implica la necesidad de contar con un amplio consenso en las Cámaras y, por lo tanto, de una voluntad real de querer llevar a cabo la reforma de que se trate.

VII. Reflexiones finales

A modo de conclusión, vamos a proceder a exponer unas breves reflexiones finales acerca de lo visto.

El Constituyente español ha establecido un elenco de derechos que gozan de una importancia esencial. Ante su existencia, se han establecido una serie de garantías no solo para cuando estos son vulnerados, sino también en lo relativo a su desarrollo y aplicación, o cuando se pretende la modificación de su enunciado constitucional. Es por ello que estas garantías con las que se les ha dotado forman un halo de protección sumamente relevante.

Estas garantías que se han expuesto rodean a los derechos contenidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Sin embargo, no todo este Capítulo se ve afectado de la misma manera, y es que no cabe duda de que la Sección 1ª del mismo (a la que en determinadas garantías hay que añadir el artículo 14 y el 30.2) está más intensamente protegida tal y como se ha mencionado a lo largo del estudio.

En cualquier caso, y aunque sea factible establecer mejoras a realizar, podemos decir que la Constitución Española de 1978 es una Norma garantista, la cual, en virtud de un importante consenso alcanzado en el momento de su elaboración y aprobación, ha cumplido las expectativas de establecer un elenco de derechos fundamentales con una protección adecuada de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, Ana, “El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998.
- Blanco Valdés, Roberto Luis, *La Constitución de 1978*, Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- De Verda y Beamonte, José Ramón, “Eficacia privada de los Derechos fundamentales y recurso de amparo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 13, 2012.
- Fernández Rodríguez, José Julio y Gude Fernández, Ana, “La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo”, en Pérez Trémpe, Pablo (coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Fernández Martínez, Juan Manuel, *Diccionario jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2001.
- Fernández Segado, Francisco, *Sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- Figueruelo Burrieza, Ángela, “Veintitrés años de recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- Gimeno Sendra, Vicente y Morenilla Allard, Pablo, *Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Madrid, Colex, 2014.
- González-Arez Fernández, José Agustín, “O Valedor do Pobo: consideracións xerais sobre a institución”, en *Administración & Cidadanía*, núm. 5.1, 2010.

- González Beilfus, Markus, “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, en Revista Española de Derecho constitucional, núm. 107, 2016.
- Hernández Ramos, Mario, “El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso”, en Lex, núm. 15, 2015.
- Iglesias Báñez, Mercedes, “El recurso de amparo constitucional en España: La difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales”, en Villanueva Turnes, Alejandro, (coord.) El Tribunal Constitucional Español: Una visión actualizada del Supremo Intérprete de la Constitución, Madrid, Tébar Flores, 2017.
- Moure Pino, Ana María, El ombudsman. Un estudio comparado con especial referencia a Chile, Madrid, Dykinson, 2013.
- Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1981”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 3, vol. 1., 1981.
- Pérez Tremps, Pablo, Sistema de Justicia Constitucional, Navarra, Thomson Reuters, 2016.
- Rey Martínez, Fernando, “La reforma constitucional en España”, en Revista española de derecho constitucional, núm. 84, 2008.
- San Martín, Juan, “Dos años de experiencia del primer Ombudsman del País Vasco”, en Azpilcueta: cuadernos de derecho, núm. 7, 1992.
- Sarmiento Méndez, Xosé Antón, “O *Ombudsman* de Galicia: regulación xurídica - institucional do órgano previsto no artigo 14 do Estatuto de Autonomía para Galicia”, en Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, núm. 11.1, 2002.

La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento
constitucional español
Alejandro Villanueva Turnes

Solozábal Echavarría, Juan José, “Los derechos fundamentales en la
Constitución Española”, en Revista de Estudios Políticos, núm. 105,
1999.

Tajadura Tejada, Javier, Los Derechos Fundamentales y sus Garantías,
Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

Vera Padial, Mercedes, “Notas sobre la adaptación del ombudsman a los
ordenamientos de las comunidades autónomas”, en Autonomies:
Revista catalana de derecho público, núm. 19, 1994.

Vera Santos, José Manuel, La reforma constitucional en España, Madrid,
Wolters Kluwer, 2008.

La violencia como aspecto cultural: mujer y étnia

Dra. Lizbeth García Montoya *
Dr. Gonzalo Armienta Hernández *

Sumario: Introducción. 1. Marco contextual del maltrato en el ámbito familiar en las comunidades étnicas. 2. Estrategias normativas rumbo al combate de la violencia familiar en comunidades étnicas de México. 3 Estudio descriptivo. 3.1 Estudio de campo, a) importancia y justificación del estudio. b) Objetivos de la investigación. b.1) objetivo general, b.2) Objetivos específicos. 3.2 Diseño metodológico de la investigación. a) Método. b) Muestreo. 3.3 Aspectos éticos, 3.4 Producción de resultados. Conclusiones. Referencias.

Resumen: Con el fin de tener un parámetro descriptivo de la situación que emerge con respecto a la violencia en las mujeres indígenas

* Doctora en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha, <España>, Profesora e Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Adscrita a Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán. Candidata al Sistema Nacional de Investigadores. Lizbeth.garcia@uas.edu.mx

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II, Líder del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional CA-187-UAS, Coordinador de Posgrado en Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Notaria183@yahoo.com.mx

ejercida por sus parejas con las que se encuentran relacionadas sentimentalmente, nació la inquietud de indagar este tema desarrollando un estudio descriptivo, mismo cuyos resultados en este texto se presentan. El estudio siguió una metodología cuantitativa con una muestra de 195 mujeres indígenas entre 15 a 60 años, mujeres originarias de las comunidades de: San Juan (Oaxaca), Oxchuc (Chiapas) y Villa Juárez (Sinaloa), obteniendo como resultado que el 39.5% de las mujeres indígenas de esas regiones han vivido violencia en el ámbito familiar, donde su principal agresor fue su pareja, el 85.3% no denunció, principalmente porque la policía ya lo sabía”.

Palabras clave: Mujeres, Etnia, Violencia y derecho.

Abstract: In order to have a descriptive overview the situation that emerges with respect to the violence in women indigenous exercised by their partners with those that are related sentimentally in these towns, appeared the concern by a team of researchers to investigate this issue. The part of the study that is presented in this article was followed by a quantitative methodology with 195 indigenous women between 15 to 60 years old, women originating from the communities of San Juan (Oaxaca), Oxchuc (Chiapas) and Villa Juarez (Sinaloa), obtaining as a result that 39.5% of indigenous women in these regions have experienced violence in the family, where his main aggressor was the couple, and the 85% did not reported violent behavior, where the main reason why they did not report is due to the fact that the police already knew.

Key words: Women, Ethnicity, Violence y law.

INTRODUCCIÓN

En México existen más de 24,135.55 indígenas, donde un poco más de la mitad corresponde al sexo mujer, perteneciendo dicha cifra a 65 pueblos distintos, cuya diversidad cultural se hace presente entre otras cosas con actitudes estereotipadas, conductas que para ellos por falta de conocimiento y por cultura, se visualiza como actos normales, no obstante estos actos en muchos casos violaciones a derechos humanos, sobre todo en donde la mujer tiene que aceptar vivir con algún tipo de violencia dentro del hogar, pues tomar ese rol de sumisión es lo que han aprendido y, lo que están enseñando a sus descendientes.

Con el fin de tener un parámetro descriptivo de la situación que emerge con respecto a la violencia en las mujeres ejercida por sus parejas con las que se encuentran relacionadas sentimentalmente en dichos pueblos, nació la inquietud por un equipo de investigadores de indagar este tema, visualizándonos en un futuro poder estar en posibilidades de hacer una propuesta; no sólo legislativa; sino también social (a través de políticas públicas) mediante las cuales se pueda trabajar para una mejor prevención.

La parte del estudio que se presenta en este artículo siguió una metodología cuantitativa con una muestra de 195 mujeres indígenas entre 15 a 60 años, mujeres originarias de las comunidades de: San Juan (Oaxaca), Oxchuc (Chiapas) y Villa Juárez (Sinaloa), obteniendo como resultado que el 39.5% de las mujeres indígenas de esas regiones han vivido violencia en el ámbito familiar, donde su principal agresor fue su pareja obteniéndose que el 85.3% no denunció, principalmente porque la policía ya lo sabía”.

1. Marco contextual del maltrato familiar en las comunidades étnicas

La violencia es en gran parte una conducta aprendida del entorno social en el que nos desarrollamos, siendo la familia quien representa la principal institución transmisora de patrones estereotipados, pues es en ésta donde nos enseñan desde chicos cómo asimilar la construcción social a la que nos enfrentamos e incluso desde antes de nacer.

La violencia doméstica específicamente como modalidad de violencia de género es un problema grave, por una parte, porque parece ser invisibilizada por los órganos de gobiernos, pero por otra; y no menos grave, la invisibilización de la violencia como problema por parte de las víctimas y victimarios de estos actos, ignorando a su vez las consecuencias que parecieran ser sutiles pero que pudieran acabar con la vida de la víctima a corto o largo plazo. (Según sean las características específicas del ciclo de la violencia que se vive).

Lamentablemente en México según la Encuesta Nacional Sobre Dinámicas de Relaciones en los Hogares <ENDIREH> 2016, el 66.1% de las mujeres mexicanas mayores de 15 años manifestaron haber vivido violencia por sus parejas, no obstante cabe preguntarse si esta violencia vivida por las mujeres se da de la misma forma e incidencia en las mujeres que viven en zonas urbanizadas que las mujeres que viven en zonas rurales donde la educación del tema no llega, donde la mayoría de las políticas públicas destinadas a este problema son insuficientes o simplemente las que existen parecieran no estar bien enfocadas a la prevención del problema, pues es evidente que éste sigue permeando en las comunidades étnicas de nuestro país, excusándose en usos y costumbres que en algunos casos son violaciones a derechos fundamentales cuyo goce nadie debe obstaculizar.

2. Estrategias normativas rumbo al combate de la violencia familiar en comunidades étnicas de México

En nuestro país las mujeres indígenas no son un grupo exento a sufrir violencia. Por lo contrario, constituyen un grupo vulnerable a la ejecución de la misma, ya que no sólo se ejerce violencia contra ellas por el simple hecho de ser mujeres, sino también por ser indígenas, en ocasiones pobres y en muchos casos analfabetas. Así pues, estas mujeres son sujetas de múltiple discriminación y constituyen en nuestra opinión uno de los sectores más rezagados en cuanto a la protección y goce de sus derechos y acceso a la justicia. Como antecedente de lo anterior citamos el caso de Valentina Rosendo Cantú.

Valentina Rosendo Cantú, una mujer indígena, mexicana y menor de edad, fue violada por un militar, quien ejercía funciones de “salva guarda de la seguridad de las y los guerrerenses” en el momento de su violación. Rosendo Cantú acudió a las autoridades para levantar la denuncia contra el militar que la había violentado, tiempo después fue apoyada por la Organización Indígena de Pueblos Mixtecos y Tlapanecos asociación civil, el Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlachinollan” Asociación Civil y el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez Asociación Civil, debido a violaciones de derechos humanos que en el proceso judicial de resolución del caso había experimentado Rosendo Cantú, así pues dichas organizaciones expusieron una queja ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por graves violaciones a sus derechos durante el proceso, resolviendo ésta a favor de la señora Rosendo Cantú y condenando al Estado mexicano a indemnizar a la parte lesionada.

El anterior caso es una prueba de mujeres indígenas que han experimentado violencia en México. Cabe señalar que no sólo Rosendo Cantú fue violentada sexualmente por un militar; sino también fue revictimizada por los órganos encargados de impartición de justicia en nuestro Estado mexicano, violentándose varios derechos también durante su proceso de búsqueda de justicia. Por tanto, es inverosímil pensar que la problemática no está palpable en un país donde la verdadera democracia está viciada; es decir las y los servidores públicos encargados de procurar la justicia en este grupo minoritario, pareciera que no le dan interés como a muchas cosas más que acontecen en México y que son verdaderos problemas.

No obstante, este caso y otros más, donde la mujer fue víctima de violencia y que llegaron a la Corte Interamericana y donde se condena al país a la reparación del daño de las víctimas, constituyeron un parteaguas para la implementación de todo un marco normativo y estrategias rumbo al combate de la violencia hacia la mujer y sobre todo a las que pertenecen a una etnia, pues están en varias situaciones que las ponen en estado de vulnerabilidad.

Hasta hace poco se ha venido trabajando en México para que las mujeres indígenas puedan gozar de los derechos establecidos y consagrados en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1;¹ así como en tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

¹ Artículo 1 Constitucional. “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Dentro de estos tratados internacionales podemos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración y Programas de Acción de Viena, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer <CEDAW>, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer <BELÉM DO PARÁ>, Declaración Internacional de los Derechos de los Indígenas, Convenio de la Organización Internacional del Trabajo <169>, por citar algunos.

A continuación hacemos alusión específicamente en la CEDAW y BELÈM DO PARÀ, no porque sean más importantes que otros, pero si por ser disposiciones específicas en dónde se hace mención a la discriminación y violencia específicamente hacia la mujer, pero que además como ya se dijo, sus textos fueron los que impulsaron a México

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

a algunos cambios estructurales² que han permitido acercarnos más a la garantía del respeto de los derechos humanos de las mujeres.

En principio la Convención para Erradicar Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer su numeral 14 establece lo siguiente:

“Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”.

México ha emitido a la convención de la CEDAW más de 8 informes, no obstante, en el último se recomendó abatir la pobreza y la discriminación de las mujeres en la vida rural. Sin embargo no se han hecho o dirigido por parte de México acciones concretas para abatir la violencia familiar en estas comunidades, pues no estuvo dentro de las últimas recomendaciones hechas a nuestro país.³

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer en su numeral 3°

² Estos cambios estructurales impactaron en leyes generales y estatales como, por ejemplo: Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Ley de igualdad entre Mujeres y Hombres; así como instituciones encargadas de la prevención y atención a todo tipo de violencia contra la mujer.

³ Si se desea profundizar más en este tema, consultar el siguiente link:
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/AdvanceVersions/InformesPeri%C3%B3dicosMexico52.pdf>

establece que toda mujer <aquí entran ámbito rural, urbano, público y privado> se les debe garantizar vivir sin violencia. Pero también en su disposición 4º establece lo siguiente: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”.

Algunos de estos derechos son:

- a. El derecho a que se respete su vida;
- b. El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. El derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d. El derecho a no ser sometida a torturas;
- e. El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

Sin duda, nos damos cuenta que estrategias normativas para combatir la violencia contra la mujer existen en México. A pesar de ello falta voluntad política para que se obligue a todos los operadores de procuración de justicia el garantizar los derechos de las mujeres étnicas, tal y como lo marca nuestra Constitución.

Bueno una vez que se ha evidenciado algunos problemas que han salido a la luz pública, no sólo en el ámbito nacional, sino en el internacional con relación al tema que nos ocupa, nos dimos la tarea de investigar cómo era la convivencia dentro de las comunidades étnicas dentro de los hogares, esto con el fin de tratar de visualizar algunos

problemas de violencia; así como, la manera en la que éstas se presentan y, por su puesto, indagar sobre las razones de la misma, pero también del seguimiento de cada uno de esos casos por parte de la Fiscalía de los estados.

A continuación, presentamos el planteamiento de la investigación; así como sus principales resultados. Donde sólo daremos a conocer los resultados de la violencia física que encontramos.

1. Estudio descriptivo

3.1 Estudio de Campo

a) Importancia y justificación del estudio

Hemos considerado pertinente centrar este estudio en grupos étnicos de Oaxaca, Chiapas y Sinaloa, por las razones siguientes:

Según el Censo de Población y Vivienda 2010 realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía <INEGI>, el 6.7% de la población mexicana de 5 años y más hablan una lengua indígena⁴ donde un poco más de la mitad son mujeres, según datos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos <CNDH> en México 8.1 millones de mujeres indígenas sufren violencia en el ámbito familiar.

A pesar de que la CNDH ha revelado una cifra de mujeres indígenas que se estima que son víctimas de abusos domésticos, y que el ENDIREH refleja de forma periódica cifras considerables. Como bien ya se dijo, es preocupante que estos estudios no indaguen el problema

⁴ Son consideradas indígenas por el INEGI todas aquellas personas que hablan alguna lengua indígena.

central, donde se reflejen las características específicas de estos grupos o comunidades étnicas, tampoco investigan a diferencia de presente estudio al que se hace alusión en este artículo en ciertos aspectos específicos de las víctimas, que podrían ayudarnos a visualizar mejor el fenómeno, tales como: características sociodemográficas, principales manifestaciones de violencia, incidencia por tipo de violencia, denuncias interpuestas y cifra negra del problema, medidas tomadas por el Gobierno Mexicano ante estos hechos, así como las llevadas a cabo por las víctimas con relación al último incidente vivido, por último indagar en la relación de éstas víctimas con sus descendientes y con sus consanguíneos. A través del conocimiento de los aspectos antes descritos, se pretende estar en posibilidades de hacer una propuesta de política pública que auxilie a disminuir el índice de la violencia en los hogares.

Por otra parte, según datos del Censo de Población y Vivienda 2010, son en las entidades de Oaxaca y Chiapas donde se concentra la mayor parte de las comunidades indígenas de nuestro país, pero además Sinaloa aparte de tener también grupos étnicos originarios constituye un Estado donde la producción agrícola es una de las fuentes principales de sustento económico para los migrantes étnicos del sur.

Por último, consideramos interesante analizar y comparar la forma en la que se presenta la violencia en los grupos étnicos en estos tres estados (Oaxaca, Chiapas y Sinaloa), pues debido a la diversidad cultural que existe entre los distintos grupos étnicos de un estado a otro nos planteamos la posibilidad de que la violencia y las características de las víctimas pudiesen presentarse de manera distinta, planteándonos los siguientes objetivos:

b) Objetivos de la investigación

b.1) Objetivo General

Conocer y describir la situación actual de malos tratos domésticos hacia las mujeres pertenecientes a grupos étnicos en México.

b.2) Objetivos Específicos

OE1. Describir las características sociodemográficas de las víctimas de violencia doméstica que pertenecen a grupos étnicos de Chiapas, Oaxaca y Sinaloa.

OE 2. Analizar factores de riesgo que ayudan a la ejecución de violencia doméstica en las mujeres pertenecientes a grupos étnicos de Chiapas, Oaxaca y Sinaloa.

OE 3. Determinar la cifra negra de la violencia doméstica en las mujeres pertenecientes a grupos étnicos de Chiapas, Oaxaca y Sinaloa.

OE 4. Conocer los tipos de malos tratos domésticos vividos con mayor incidencia en las mujeres pertenecientes a grupos étnicos de Chiapas, Oaxaca y Sinaloa.

OE 5. Conocer la frecuencia en la que se presentan o presentaron los tipos de malos tratos domésticos vividos en las participantes.

OE 6. Describir cuáles son las medidas más usadas por las víctimas para salir del ciclo vicioso en el que viven.

OE 7. Conocer cuál es el tipo de violencia más usual dentro de los hogares de las participantes.

OE 8. Conocer en qué estado de los investigados se encontró mayor incidencia de malos tratos ejercidos hacia las mujeres pertenecientes a grupos étnicos.

OE 9. Conocer la actuación de los órganos encargados de impartición de justicia del delito de violencia familiar ante esta problemática.

OE 10. Describir cómo perciben las víctimas de violencia, la violencia vivida.⁵

3.2 Diseño metodológico de la investigación

a) Método

Se utilizó la metodología cuantitativa a nivel descriptivo, debido a que el objetivo de este estudio fue obtener un parámetro contextual del fenómeno investigado. A través de esta metodología se pudo llegar al objetivo del estudio.

b) Muestreo

El muestreo utilizado fue aleatorio. No obstante, no retomamos una muestra representativa, debido a que no pudimos conseguir nuestra “N” de cada población étnica a la que acudimos.

Es importante decir, que debido a la dificultad para comunicarnos con las participantes, pues en su mayoría no hablaban el castellano, nos vimos en la necesidad de apoyarnos de dos alumnos del doctorado en

⁵ También esta investigación tuvo como objetivo el describir cómo fue la relación de las mujeres étnicas que vivieron algún tipo de violencia durante su vida con sus padres y cómo es esta relación con sus descendientes, no obstante, no lo pusimos en el cuerpo del trabajo, ya que no se tocará en éste los resultados relacionados a este objetivo.

Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho Culiacán de la UAS,⁶ uno de ellos es de Chiapas y habla Tzeltal, la otra es de Oaxaca habla Mixteco, siendo este aspecto el decisivo para retomar nuestra muestra en comunidades en las cuales se hablara alguna de las dos lenguas maternas de nuestros alumnos.

La muestra quedó conformada por 195 mujeres entre 15 a 64 años de edad pertenecientes a grupos étnicos de Oaxaca, Chiapas y Sinaloa, distribución por edad y estado de la siguiente manera:

Tabla 1. Distribución muestra

Mujeres	De 15 a 24 años	De 25 a 49 años	De 50 a 64 años	Total
Chiapas (Oxchuc)	19	26	20	65
Oaxaca (San Juan)	17	38	10	65
Sinaloa (Villa Juárez)	17	37	11	65
			Total	195

c) Instrumento metodológico

Este test pertenece al módulo “K” de la escala de Tácticas de Resolución de Conflictos (CTS) elaborada en 1979 por Straus, Murray, A., y

⁶ Agradecemos la colaboración del maestro Marcelino Gómez López, maestra Ofelia López Mejía <alumnos de posgrado> y a la Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta, quienes fueron parte de la ejecución de esta investigación.

utilizado más tarde para una investigación sobre victimación general e intrafamiliar que se llevó a cabo en 1993, por los profesores Wolfgang Bilski, Cristian Pfeiffer y Peter Wetzels. El apartado antes señalado de este cuestionario fue traducido y utilizado también en el Centro de Investigación Criminológica de la Universidad de Castilla La Mancha por las doctoras: Cristina Rechea Alberola y María José Benítez Giménez, con el fin de desarrollar una investigación denominada “Violencia Domestica en el Municipio de Albacete (Citado en García: 2014).

El modulo “K” de este test, originalmente consta de 5 apartados, sólo que para efectos de esta investigación sólo nos centraremos en el apartado A, B y C,⁷ pues son los que contemplan los datos sociodemográficos y la violencia física <VF> y violencia psicológica <VP>. Así pues, estos dos apartados tienen las siguientes finalidades:

Apartado “A”. Recabar datos sociodemográficos de las mujeres encuestadas y de sus respectivas parejas (en caso de tenerlas).

Apartado “B”. Recabar la incidencia de la VF de las víctimas, saber quién fue su agresor, de qué manera se llevó a cabo el acto violento, conocer el periodo en el que ocurrieron más actos violentos, así como determinar la cifra negra de la violencia física.

⁷ Los apartados restantes tenían como finalidad lo siguiente: Apartado “D”. Este apartado tiene como finalidad obtener la incidencia de la violencia sexual de las víctimas, saber quién fue su agresor, de qué manera se llevó a cabo el acto violento, conocer el periodo en el que ocurrieron estos actos, las consecuencias a corto y largo plazo del incidente y determinar la cifra negra de la violencia sexual. Apartado “E”. A través de este apartado se intenta conocer un poco acerca de la infancia de las participantes, descubriendo la relación con su familia, así como la manera de criar a sus hijos/as (en caso de existir hijos/as).

Apartado “C”. Este apartado tiene como finalidad obtener la incidencia de la VP de las víctimas, saber quién fue su agresor, de qué manera se llevó a cabo el acto violento, conocer el periodo en el que ocurrieron estos actos, las consecuencias a corto y largo plazo del incidente y determinar la cifra negra de la VP.

3.3 Aspectos éticos en la recogida de datos

Para realizar el trabajo de campo nos enfocamos en cumplir los principios rectores de la Declaración de Helsinki,⁸ tomando en cuenta la necesidad de proteger en todos los aspectos a las participantes, dándole un conocimiento de lo que consistía el proyecto de investigación, la importancia de su participación en ella, aclarándoles que no era obligatorio participar, pero que si decidían hacerlo podían desistir en cualquier momento; resguardando sus datos personales y sus respuestas, pero además informándoles que, si había alguna pregunta o un apartado de la encuesta que no quisieran contestar lo podían hacer con toda la libertad.

El trabajo de campo tomando en cuenta lo estipulado en la Declaración de Helsinki se realizó de la siguiente manera:

Constituimos a dos comunidades indígenas; San Juan (Oaxaca) y Oxchuc (Chiapas) en búsqueda de mujeres que tuvieran entre 15 y 64 años de edad, la selección de estas comunidades fue en base a que contábamos con la colaboración de dos estudiantes de posgrado pertenecientes, cada uno, a una de estas regiones, facilitando esto la ejecución del proyecto, pues las personas de esas comunidades hablan

⁸ El trabajo de campo se llevó a cabo en 34 días (7 días en Oaxaca, 7 días en Chiapas y 20 días en Sinaloa).

lenguas específicas (Mixteco y Tzeltal) lenguas cuyos estudiantes las dominaban colaborando con la traducción, cuidando en todo momento que las mujeres étnicas que participaron fueran personas que no conocieran a los estudiantes, esto con la finalidad de que pudieran expresarse del tema sin temor o vergüenza y de esta manera procurar que sus respuestas fueran lo más fiables posibles.

Con posterioridad nos constituimos a Villa Juárez <Sinaloa> a realizar el trabajo de campo con el mismo procedimiento antes descrito.

Cabe destacar que las personas encuestadas no sabían escribir y mucho menos tenían firma como para otorgarnos un consentimiento o asentimiento informado <este último en caso de ser madres de menores de edad que colaboraron en el estudio> mediante el cual nos informarían de su aceptación de participación en el estudio, así mismo, al llegar a sus domicilios nos presentábamos y les hablábamos un poco del proyecto y de la importancia que era para nosotros⁹ que ellas participaran en el mismo, les comentábamos los beneficios de su participación diciéndoles que servirían para poder proponer a través de los resultados, acciones encaminadas a prevenir la violencia contra las mujeres, también se les explicaba que la encuesta era totalmente anónima, pues éstas no llevaban nombre y tampoco datos que permitieran su identificación. A parte, se les manifestó claramente que los resultados de la investigación se publicarían y que una vez que se hiciera ésta se les daría a conocer mediante una plática por parte de los investigadores <a través de sus intérpretes> los resultados obtenidos;

⁹ Comité de investigación conformado por 3 doctores, especialistas en temas jurídicos, de género y violencia doméstica, pero además 5 colaboradores intérpretes quienes también manejaban el tema <dos alumnos y tres voluntarios de las comunidades>.

así como, también las estrategias preventivas sugeridas a instituciones gubernamentales. En este tenor es importante precisar que las participantes no recibieron ningún tipo de remuneración por aceptar participar, fue bajo libre albedrío.

De la misma manera se les explicó que sólo el equipo de investigación tendría conocimiento de su colaboración en el proyecto <esto con el objetivo de evitar miedo a represalias por parte de sus parejas u otras personas>, se les otorgaba a quienes participaban una carta responsiva firmada por los responsable del proyecto en la que nos comprometíamos a no revelar ningún tipo de información extraída de sus participaciones, pero además de resguardar los resultados en una base de datos por un tiempo de 5 años al igual que todas las encuestas realizadas. Una vez que ellas otorgaban su consentimiento de manera verbal (siendo menores de edad o asentimiento de las madres en calidad de representantes de sus menores hijas) para participar con nosotros en el proyecto se pasaba a realizar la comprobación que presentaran los criterios de inclusión que para efectos de este estudio se habían establecido previamente, siendo considerados los siguientes: ser mujer, estar entre 15 y 64 años de edad y pertenecer a la comunidad de San Juan, Oaxaca, Oxchuc, Chiapas y Villa Juárez, Sinaloa, ser indígena,¹⁰ pero además haber vivido toda su vida allí.

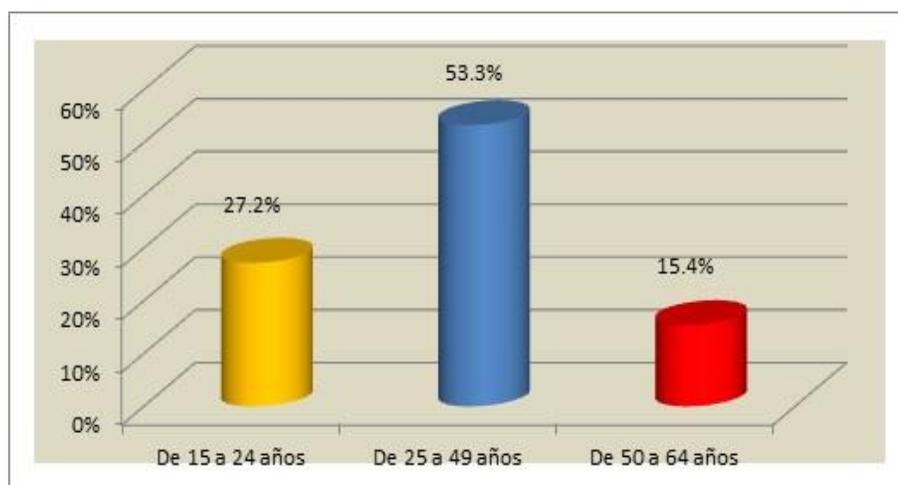
Por último cabe aclarar que una vez que las encuestas eran cumplimentadas, éstas se depositaban junto con todas las demás en sobres cerrados dentro de una bolsa, todo esto para efectos de que los demás integrantes del equipo no supieran de la información que se

¹⁰ Para determinar si la participante era indígena tomamos en cuenta los requisitos establecidos por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

extraído de las participantes, por ende esto implicaba que por participante sólo sabían sus experiencias vividas quienes aplicaban directamente la encuesta, en este estudio se tomó muy en serio la parte de que fuesen siempre investigadoras con experiencia en el tema y una interprete.¹¹

1.4 Producción de resultados¹²

Apartado “A” Características Sociodemográficas



Figural. Edad de las participantes

De la figura 1 se desprende que la mayoría de las mujeres encuestadas pertenecen al rango de edad de “25 a 49 años” y el rango de edad que resultó con menor frecuencia es el de “50 a 64 años”.

¹¹ Esto con el fin de que se sintieran más en confianza de hablar del tema.

¹² El procesamiento de datos fue a través del programa SPSS Versión 20, se hicieron análisis descriptivos, frecuencias, tablas de contingencias y ANOVAS.

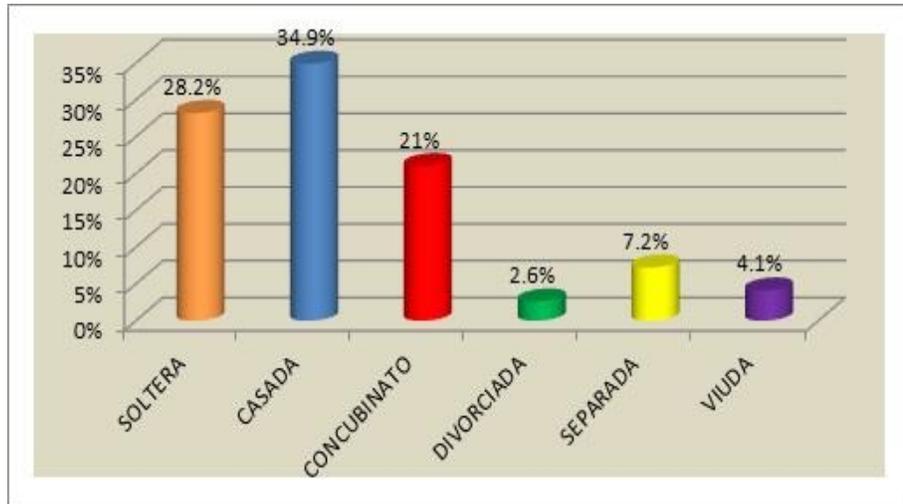


Figura 2. Estado civil de las participantes

En la figura 2 se aprecia que la mayoría de las encuestadas son “casadas” correspondiéndole un 34.9%, seguida de quienes son “solteras” con un 28.2% y la última incidencia la tiene la categoría “separada”, y finalmente el 21% viven en concubinato.

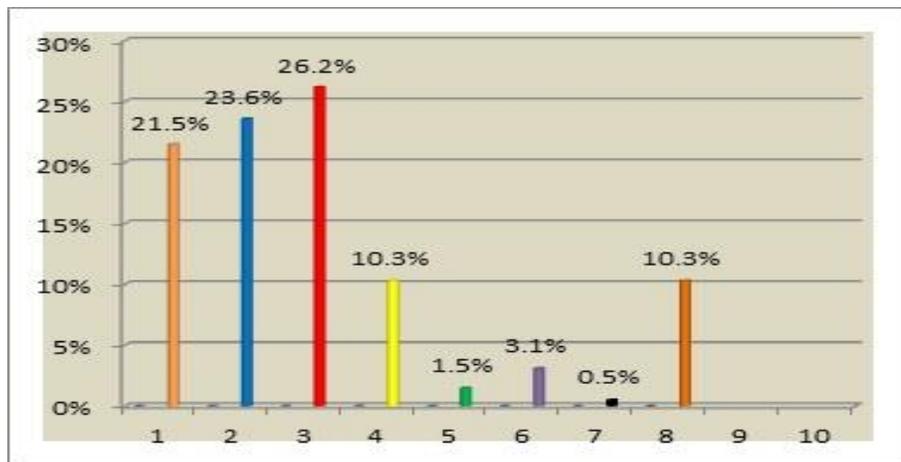


Figura 3. Nivel de estudios

<i>Categoría</i>	<i>Nivel de estudios</i>
1	Primaria
2	Secundaria
3	Bachillerato
4	Licenciatura
5	Carrera técnica
6	Posgrado
7	Otros
8	Ninguno

De la figura 3 se desglosa que la mayoría de las mujeres encuestadas tenían como máximo nivel de instrucción “bachillerato (3)” <26.2%>. No obstante, con un mismo porcentaje <10.3%> se encuentran las categorías: “ninguno (8)” y “licenciatura (4)”.

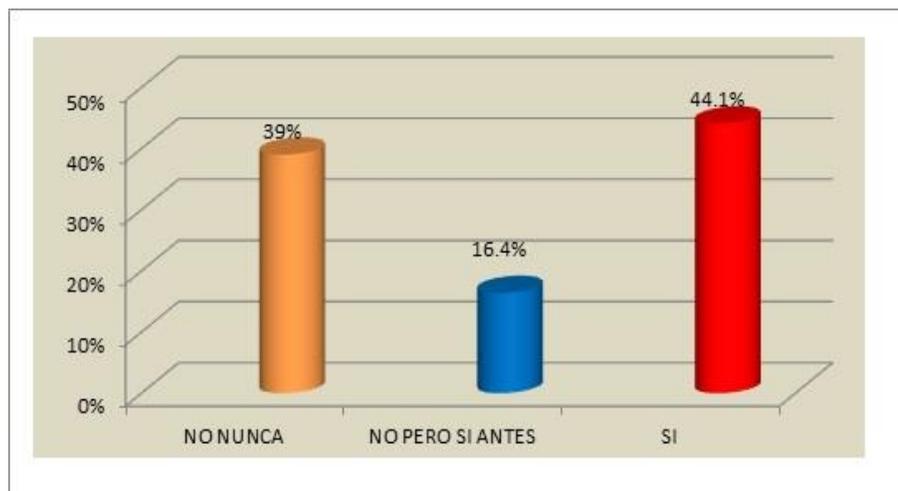


Figura 4. Han trabajado las participantes

Al preguntarles a las encuestadas si trabajaban, la mayoría respondió con un 44.1% que “sí”, un 39% dijo que “no, nunca” y un menor porcentaje <16.4%> respondieron “no, pero si antes”.

Apartado “B” Maltrato Físico

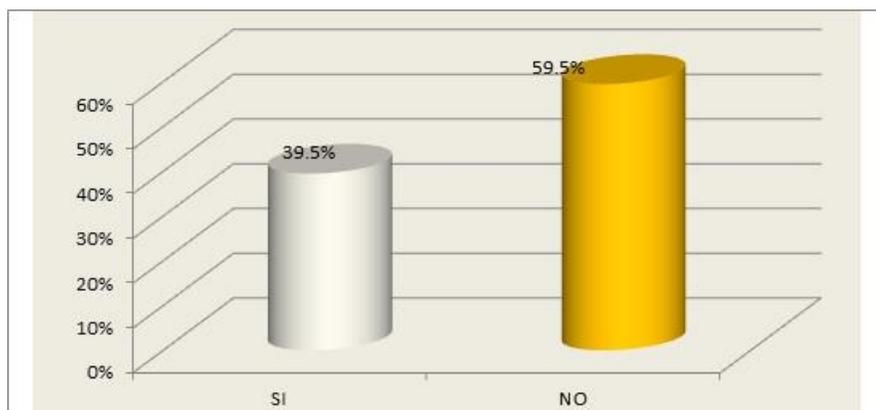


Figura 5. Violencia física vivida en alguna ocasión durante su vida

La figura 5 refleja que el 39.5% de la muestra respondió haber vivido algún episodio de violencia física <VF> en algún momento de su vida.¹³ De este 39.5% el 69.6% manifestó que lo vivió en los últimos cinco años.¹⁴

¹³ Esta muestra para efectos de este estudio la hemos denominado M1

¹⁴ Esta muestra para efectos de este estudio la denominaremos M2.

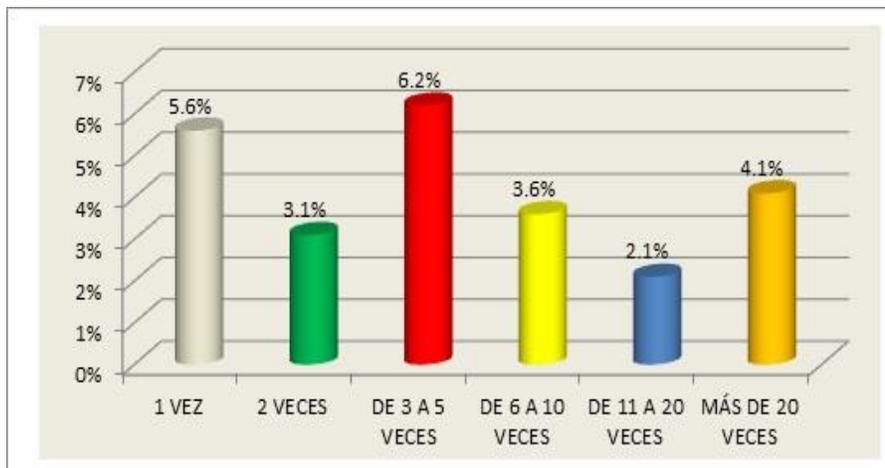


Figura 6. Porcentaje en la que se ejerció la violencia física en los últimos 5 años por comunidades

En la figura 6 se puede observar que las participantes que constituyen la M2 en su mayoría manifestaron haber vivido el maltrato entre “3 a 5 veces” correspondiéndole un porcentaje de 6.2, seguida de “una vez” con un 5.6% y “más de 20 veces” con un 4.1%.

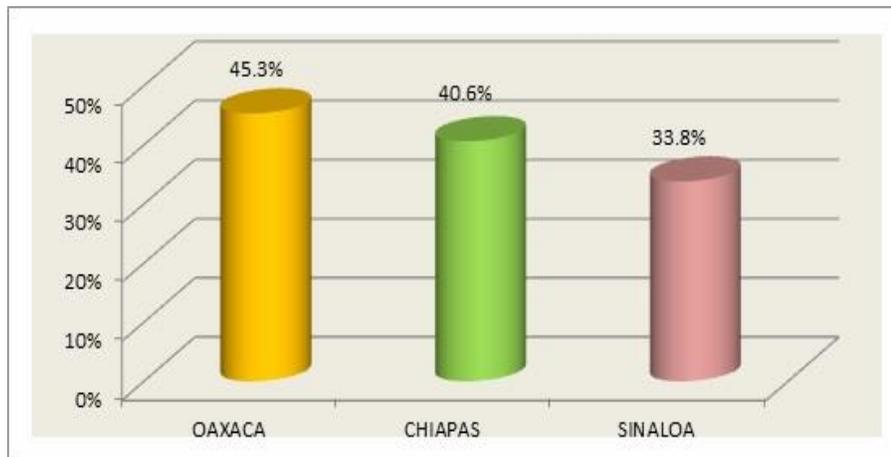


Figura 7. Distribución de la violencia física vivida en alguna ocasión por Estado

En la figura 7 se observa que las mujeres de etnia que pertenecen a San Juan, Oaxaca con un 45.3% han vivido VF en alguna ocasión, después con un porcentaje muy similar de 40.6% se encontró a Oxchuc, Chiapas. Como dato significativo encontramos que de las mujeres que dijeron haber vivido VF en los últimos cinco años es en “Oxchuc, Chiapas” con un 43.1% fue donde se observó mayor frecuencia seguido de “San Juan, Oaxaca” con un 36.9% y nuevamente tenemos a “Villa Juárez, Sinaloa” con menor porcentaje <26.2%>.

También se encontró que la mayoría que vivieron VF en los últimos cinco años son del rango-edad de “50 a 64 años” con un 50%, seguida de “25 a 49 años” con un 41.2% y finalmente las “de 15 a 24 años” fueron las menos maltratadas, representadas por un 30.2%.

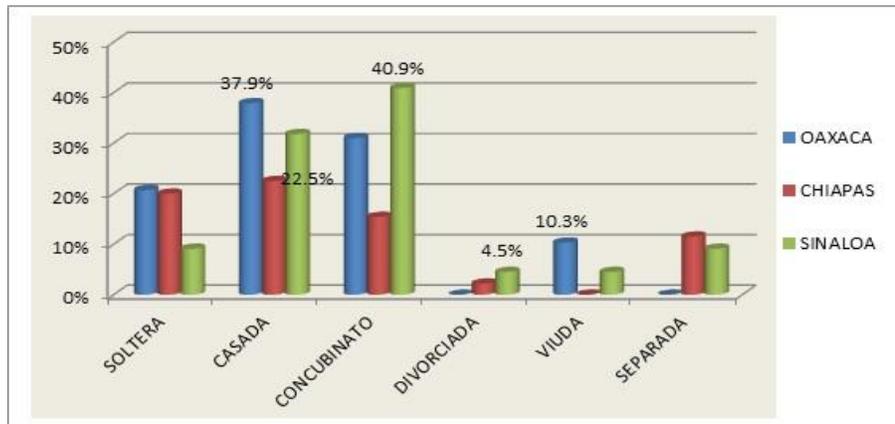


Figura 8. Violencia física vivida en alguna ocasión, estado civil y Estados

La figura 8, ilustra que en la M1 se observa que en “Oxchuc, Chiapas” y “San Juan, Oaxaca” la mayoría que manifestaron vivir violencia son casadas con un 22.5% y 37.9% respectivamente, a diferencia de lo anterior en “Villa Juárez, Sinaloa” la mayoría viven en

“concubinato” <40.9%>. Como dato interesante tenemos que, en Villa Juárez, Sinaloa hubo incidencia en todas las categorías, pero en “San Juan, Oaxaca” y “Oxchuc, Chiapas” se muestran categorías en las que no hubo, por ejemplo, en “San Juan, Oaxaca” en las categorías “divorciada” y “separada” no se reflejó incidencia y en el caso de “Oxchuc, Chiapas” solo la categoría de “viuda” no tuvo incidencia.

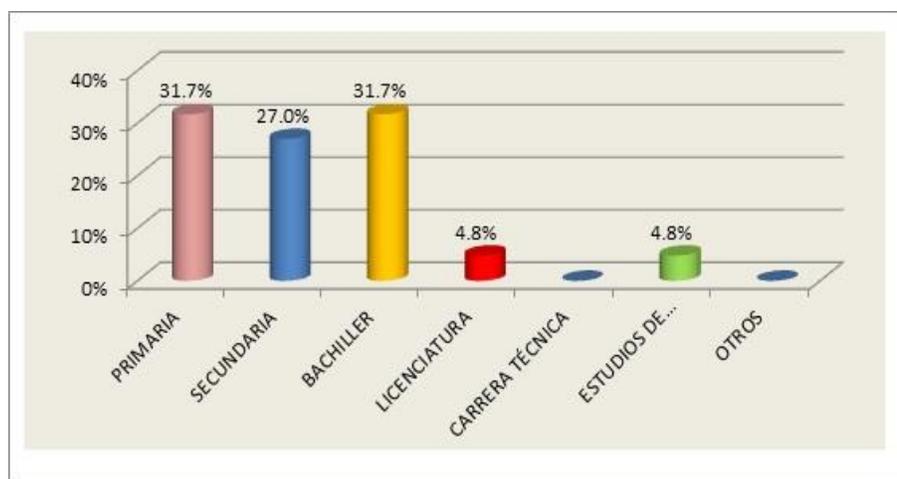


Figura 9. Violencia física vivida en alguna ocasión y nivel de instrucción

De la figura 9 se visualiza que de la muestra M1 la incidencia la tienen las categorías: “primaria” y “bachillerato” ambas con un 31.7%, asimismo, encontramos sin incidencia las categorías: “carrera técnica” y “otros”. Ahora bien, si desglosamos estos datos por violencia, nivel de instrucción y estado, se observa que, en San Juan, Oaxaca se reportó más violencia en las mujeres con nivel de instrucción “secundaria” <40.9%>, y en Oxchuc, Chiapas y Villa Juárez, Sinaloa, ambas su mayor incidencia se encontró en “primaria” con un 36.4% y un 47.4%.



Figura 10. Violencia física en alguna ocasión y trabajo fuera de casa

Al preguntarles a la M1 si trabajaban la mayoría de las que vivieron VF dijeron trabajan “fuera de casa” (44.2%), seguido de la categoría “no, nunca” y “no, pero si antes” con un 36.4% y 19.5% respectivamente.

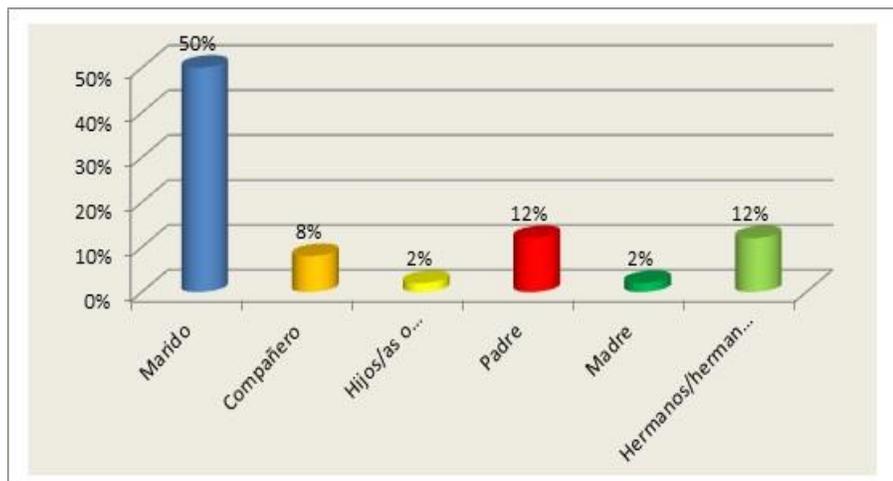


Figura 11. Principal agresor en los últimos cinco años

En la figura 11 se aprecia que el principal agresor de la M2 fue el “esposo” con un 50%, seguido de “padre” y “hermanos” con el mismo porcentaje (12%). Los “hijos/as” y “madres” fueron las de menor porcentaje como agresoras.

Tabla 2. Diferentes malos tratos físicos

2010	2015	Malos tratos
B510	B610	Agarrado o empujado
B511	B611	Pegado una bofetada
B512	B612	Pegado un puñetazo, patada o mordida
B513	B613	Golpeado intencionalmente
B514	B614	Dado una paliza
B515	B615	Quemado intencionalmente
B516	B616	Intentado estrangularme
B517	B617	Usado un arma contra mi

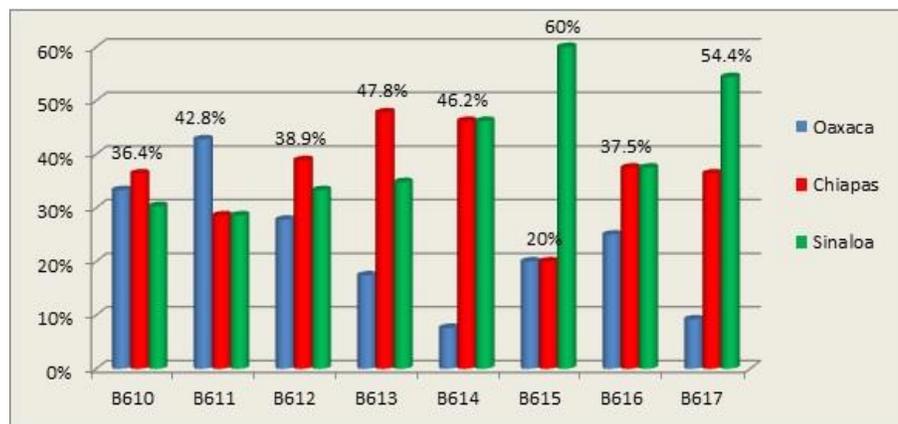


Figura 12. Incidencia de malos tratos de la MG en 2015 y Estado

Al preguntarle a las participantes sobre la forma de maltrato que más experimentaron en el año 2015, el 47.8% de las participantes de “Oxchuc, Chiapas” manifestaron verbalmente que las habían “golpeado intencionalmente”, por su parte la mayoría de las mujeres de “San Juan, Oaxaca” con un 42.8% “les han pegado una bofetada” y finalmente el maltrato más común en “Villa Juárez, Sinaloa” con un 60%, lo obtuvo la categoría “quemado intencionalmente”.

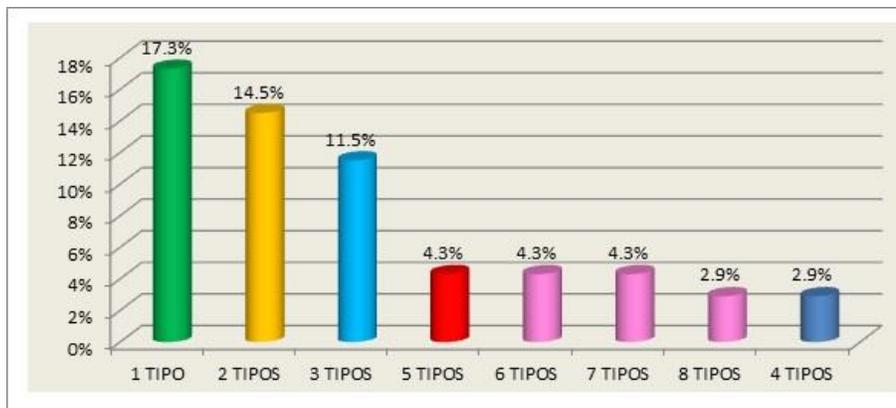


Figura 13. Porcentaje del número de los diversos tipos de maltrato físico vivido en los últimos cinco años.

En la figura 13 se observa que, de la M2, la mayoría dijo haber experimentado “un tipo de violencia”, seguida de “dos” y “tres tipos” representadas estas categorías por un 17.3%, 14.5% y 11.5% respectivamente, indicando esto que más de la mitad de la muestra no vivieron un episodio esporádico de violencia.

Tabla 3. Persona con la que habló sobre el último incidente vivido en los últimos cinco años

Categoría	Persona con la que habló sobre el último incidente vivido	%
B101	Con la persona que lo hizo	10.2
B102	Miembro de la familia	44.9
B103	Mejor amiga	20.4
B104	Mejor amigo	4.1
B105	Amigos o conocidos	4.1
B106	Sacerdote	2.0
B107	Institución gubernamental de atención a víctimas de violencia familiar	0
B108	Empleado/a de un centro de asistencia	0
B109	Médico	2.0
B110	Asistencia social	0.0
B111	Otra persona	12.2
B112	Con nadie	22.4

Al preguntarles a las participantes que constituyen la M2 sobre quién fue la persona con la que habló sobre el último incidente vivido la mayoría con un 44.9% dijo que con “algún miembro de la familia”, como dato interesante tenemos que ninguna de las participantes habló con alguna institución gubernamental encargada de asistencia a mujeres víctimas de violencia”.

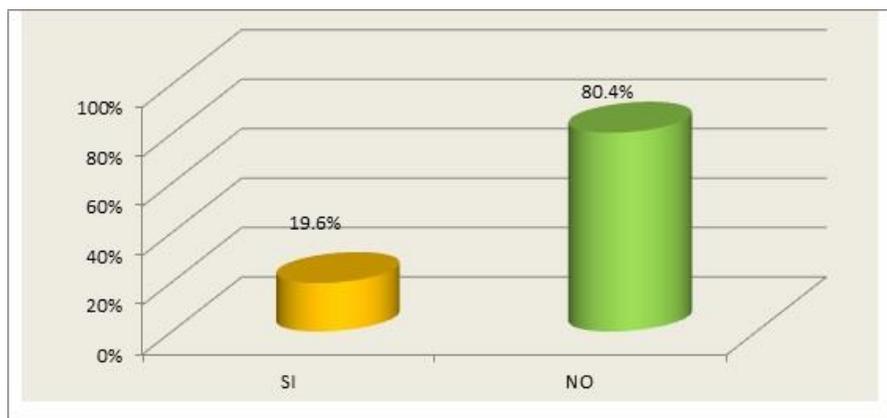


Figura 14. Denuncias de las víctimas que vivieron violencia física en los últimos cinco años

En la figura 14 se aprecia que sólo el 19.6% de la M2 denunció la violencia vivida. Asimismo, al analizar las denuncias por estado, nos encontramos que de ese 19.6% se encuentra dividido igualmente por estado; es decir en cada uno de éstos denunciaron un 33.3%. De los motivos principales que tuvieron las mujeres para denunciar encontramos con un 100% a las siguientes razones: “porque no sabían qué otra cosa podían hacer” y “porque otras personas las orillaron”. Asimismo, un porcentaje considerable <45.5> dijo que lo había hecho “para que su agresor no lo volviera hacer”.

Contrario a lo anterior tenemos que dentro de los principales motivos que dijeron tener la M2 para no denunciar, se encuentran con

un 100% a: “porque la policía ya lo sabía”, seguida de: “la persona se disculpó” ésta última la encontramos con un 25.6%.

Tabla 4. Medidas que se tomaron después del último acto violento

Medidas	Frecuencia	Porcentaje
Ninguna en absoluto	24	54.5
Disculpas y compensación por parte de quien lo hizo	10	22.7
Asistencia/terapia solo para quien lo hizo	3	6.8
Asistencia/terapia para la familia y quien lo hizo	1	2.3
Asistencia/terapia solo para la víctima	1	2.3
La persona que lo hizo se marchó de casa	2	4.5
Fui yo quien se fue de casa	4	9.1
Fue castigada por la ley	1	2.3
Otra medida	2	4.5
Se firmó un convenio ante el AMP ¹⁵	1	2.3

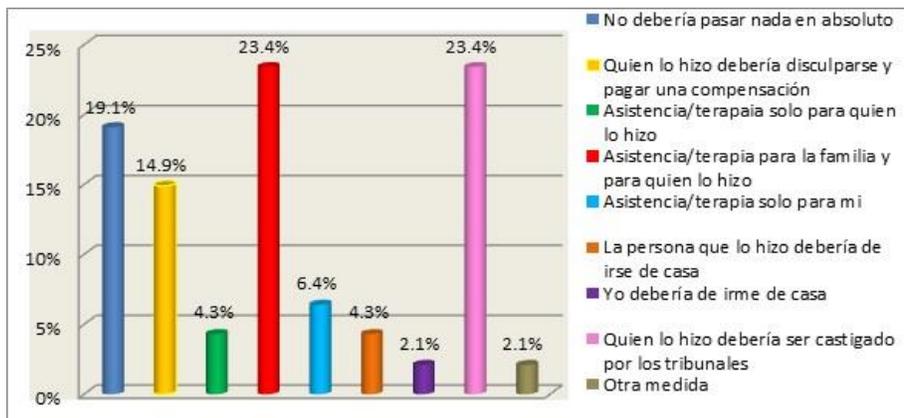


Figura 15. Medida que consideraron más oportuna para el último acto violento

¹⁵ Agente del Ministerio Público.

De la figura 15 se desprende que de la M1 la mayoría dijo considerar como las medidas más oportunas para el acto violento vivido con el mismo porcentaje de 23.4% a: “Asistencia y terapia para la familia y para quien lo hizo” y “quien lo hizo deberían de ser castigados por los tribunales”.

Apartado “c” Maltrato Psicológico

Tabla 5. Maltrato psicológico vivido en las muestras: M1 y M2.

Categoría	Maltrato Psicológico	M1 %	M2%
B54	Rehusado discutir el tema conmigo	59	52.5
B55	Echado de la habitación	36.7	32.7
B56	Gritado o protestado	67	61
B57	Amenazarme con golpearme o lanzarme objetos	50	48.3
B58	Lanzado o roto cosas, golpeando o dando patadas con algo	32.8	30
B59	Lanzado algún objeto	33.8	29.5
B516	Amenazado con un arma (cuchillo o arma de fuego)	10	11.8

La tabla 5 refleja el maltrato psicológico vivido por la M1 y M2. Se observa en dicha tabla que, en los dos tipos de muestra, el maltrato psicológico con mayor incidencia <más de la mitad en ambas muestras> corresponde a la categoría “B56”, seguida de “B54”. La categoría “B516” fue la que obtuvo menor incidencia en las dos muestras. Asimismo, si comparamos todos los porcentajes por muestra tenemos que la M1 es en la que casi todas las categorías <con excepción en la “B516”> refleja mayor incidencia y va disminuyendo, esto si la comparas con la M2.

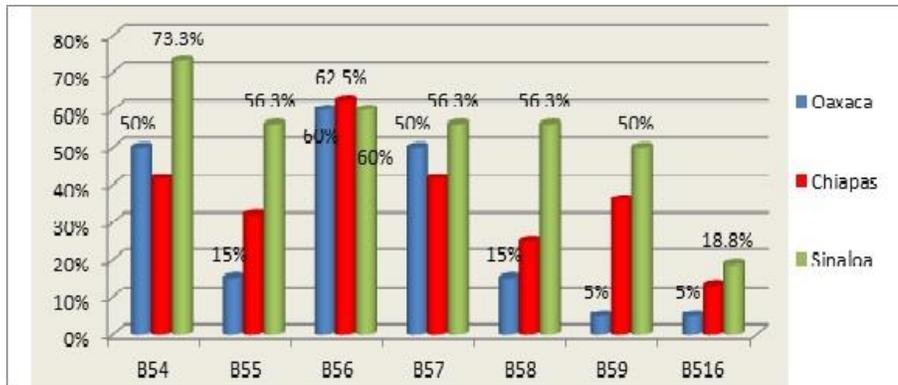


Figura 16. Maltrato psicológico en los últimos cinco años en la M2 por Estado

En la figura 16, se aprecia el maltrato psicológico experimentado por las participantes que constituyen la M2 por estado. Llama la atención que en “Villa Juárez, Sinaloa” su máxima incidencia la obtuvo en la categoría “B54” con un 73.3%, pero “Oxchuc, Chiapas” y “San Juan, Oaxaca” la tuvieron en la categoría “B56” con 62.5% y 60% respectivamente, misma categoría en la que Sinaloa también obtuvo un alto porcentaje ascendiendo éste a un 60%.

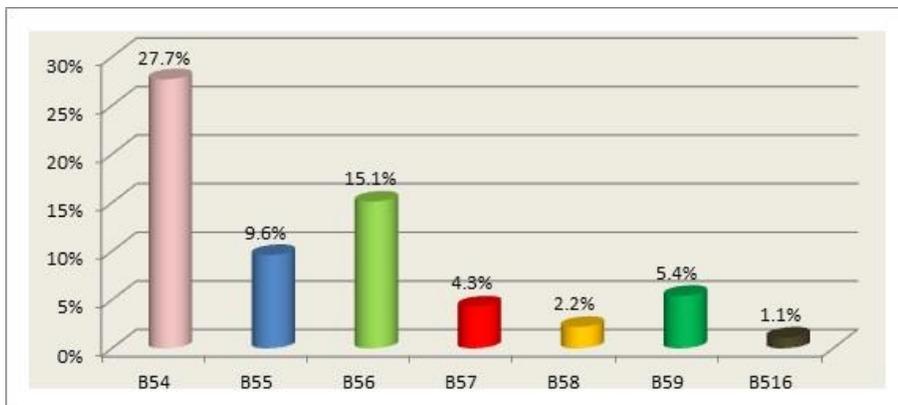


Figura 17. Maltrato psicológico vivido en la M11. <Muestra conformada por mujeres que manifestaron nunca haber vivido violencia>.

Al preguntarles a las mujeres que manifestaron nunca haber vivido violencia, encontramos que un 27.7% reflejó haber vivido el tipo maltrato psicológico, correspondiente a la categoría “B54” y un 15.1% en la categoría “B56”, llama la atención que la categoría “B59” que corresponde a “lanzar objetos” es representada por un 5.4%.

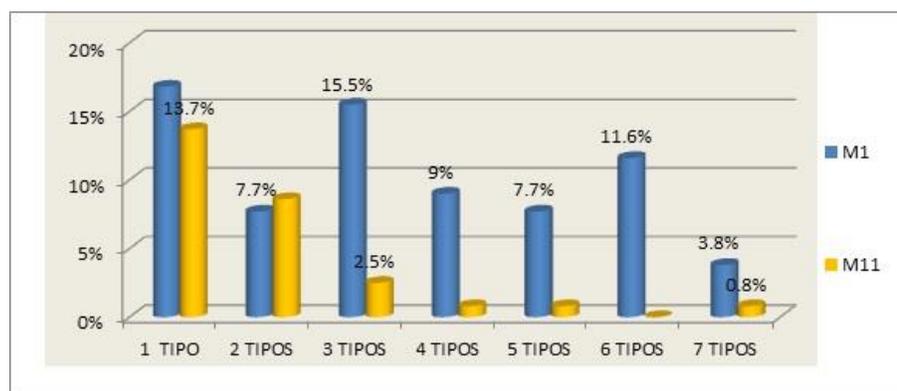


Figura 18. Número de tipos de maltrato psicológico vivido por las muestras M11 y M1.

Cuando comparamos el maltrato psicológico entre las muestras M11 <mujeres que dijeron nunca haber vivido violencia> y M1 <mujeres que vivieron violencia en alguna ocasión> se observó lo siguiente: el 13.7% de la M11 dijo haber vivido “un tipo” de violencia psicológica. Asimismo, como dato curioso encontramos que en la M11 solo el 7.7% <porcentaje mayor> dijo haber vivido “dos tipos” de VP, centrándonos en las categorías que reflejan más tipos de maltrato podemos decir incluso que un 0.8% de esta muestra resultó haber experimentado “siete tipos” de malos tratos psicológicos”.

Resumen

- El 39.5% de las mujeres encuestadas expresaron haber vivido por lo menos en una ocasión VF durante su vida y de este porcentaje el 69.6% dijo haberla vivido en los últimos 5 años.
- En San Juan, Oaxaca es en donde se observó más incidencia de mujeres violentadas en el ámbito familiar por lo menos una vez en su vida, pero es en “Oxchuc, Chiapas” donde las mujeres experimentaron más violencia en los últimos cinco años.
- La mayoría de las mujeres que vivieron violencia son: casadas, pertenecen al rango de edad de “50 a 64 años”, trabajan fuera de casa (económicamente activas) y tienen nivel de instrucción bajo.
- Los datos arrojan que, en un porcentaje bajo las mujeres viudas, separadas o divorciadas experimentaron violencia.
- Más del 8% de las mujeres que vivieron violencia, manifestaron haber experimentado más de un tipo o formas de maltrato, donde “bofetadas”, “quemaduras” y “golpes” son los tipos de violencia más usuales por parte de su agresor: no obstante, la frecuencia <aunque no por mucha diferencia> de estas manifestaciones de violencia varía de un estado a otro.
- Ninguna de las mujeres encuestadas que experimentaron violencia habló con alguna institución gubernamental encargada de atender o prevenir la violencia en el ámbito familiar, solo el 19.6% denunciaron a su agresor, porque no sabían que otra cosa podían hacer aparte de denunciarlos, pero también porque las orillaron a hacerlo. Las razones que dieron todas para no denunciar fue que no tenía caso hacerlo, ya que la policía ya lo sabía y no habían hecho nada.

- La asistencia y terapia para las partes involucradas en la conducta violenta y que la persona que ejecuta la violencia se marche de casa son las dos principales medidas que las participantes expresaron como más oportuna después de un incidente violento vivido.
- Dentro de la VP vemos que destaca con mayor incidencia las “amenazas” de violencia física, a pesar que las amenazas con armas obtuvo la puntuación inferior, el porcentaje fue de 11.8% en la M2.
- Al igual que la VF, las manifestaciones de VP depende mucho al grupo étnico al que se pertenece, pues en “Villa Juárez, Sinaloa” la VP aparentemente es más sutil que en las comunidades de “San Juan, Oaxaca” y “Oxchuc, Chiapas”.
- El miedo resalta como consecuencia del maltrato vivido, impactando ésto en la decisión de las víctimas en no denunciar, pues en promedio, sólo el 85.3% denunció.¹⁶

Conclusiones

Observando los datos descriptivos que arrojó nuestra investigación, es importante resaltar que la VF vivida por las mujeres en comunidades rurales no tiende a ser esporádica, pues hay que recordar que solo un 6.6% dijo haberla vivido en una ocasión. Un sólo acto violento representa una situación que debe ser el parteaguas para poner atención al problema, debemos darle a éste la importancia que tiene sin necesidad de que los datos de investigaciones reflejen un caso o muchos casos específicos. Lamentablemente, la gravedad del problema en

¹⁶ Este promedio se sacó tomando en cuenta el porcentaje de la VF y VP no denunciada.

ocasiones se mide por la incidencia y no por la esencia y/o consecuencias del problema.

El hombre perteneciente a grupos étnicos suelen ser los principales agresores domésticos, ya sea desde la condición de esposo, padre o hermano, esto representa un foco de alarma a un problema palpable que nuestro Gobierno está obligado a atender, pues a través de las instituciones creadas por éste para combatir, prevenir y atender el problema de desigualdad y violencia entre los géneros deben de establecerse políticas públicas, mediante las cuales se trabaje no solo el problema a través de la atención y fomento a la denuncia <esto es evidente que no está funcionando>; sino también a través de la prevención, sin embargo, no hay que olvidar que es evidente que ésta tampoco se ha logrado, desde nuestro humilde punto de vista, efectiva.

La prevención de la violencia doméstica ha estado desde un punto de vista criminológico mal enfocada, pues se deja de atender la esencia del problema, debido a que la manera en la que se intenta prevenir no toma en cuenta con la misma importancia los dos enfoques principales, siendo éstos, por una parte, la prevención desde la atención a la mujer como principal víctima, pero por otra, la prevención desde un enfoque del principal ejecutor del problema; es decir el hombre como <victimario>, ésta omisión, a nuestro criterio, es lo que agudiza el problema y lo hace que se perciba como un fenómeno de difícil o imposible prevención y erradicación.

Como se visualiza en este estudio la violencia doméstica no obedece a factores causales específicos: es decir, la presencia de ésta es evidente, en este estudio se reflejó en las tres comunidades de manera similar; es decir, formas en las que se presenta el problema, el tipo de violencia que se visualiza más, VF, el tipo de violencia que se visualiza

menos VP, pero también las consecuencias individuales y sociales que son atribuidas a este problema son semejantes.

Por otro lado, existe un desconocimiento grande del tema de violencia doméstica en las comunidades indígenas, pues se visualiza al maltrato que han vivido algunas mujeres, como algo normal, esto se sostiene cuando se observa que un porcentaje considerable del 32% de las mujeres que contestaron no haber vivido violencia nunca, con posterioridad se reflejó que éstas si habían vivido tanto VP, como VF, esto no es otra cosa que el reflejo de un desconocimiento del problema, ya que no son capaces de identificar los actos que constituyen maltrato.

Asimismo, el maltrato aparentemente es considerado también por las mujeres víctimas como algo sin importancia, toda vez que la mayoría no tomó alguna medida después de los actos violentos, esta omisión puede deberse a lo que ya se comentaba con anterioridad, nos referimos al desconocimiento o poca información respecto a lo que deben o pueden hacer ante la presencia de maltrato doméstico.

Por último hay otra cosa no menos preocupante, nos referimos al porcentaje existente de víctimas que siguen permaneciendo a lado de su agresor, esto representa una situación alarmante, pues estos patrones conductuales suelen repetirse, de tal manera que éstos van siendo más graves a medida que se acortan los lazos de tiempo de un episodio del otro y la incidencia aumenta, convirtiéndose esto en un círculo vicioso difícil de parar, y se torna más difícil si la víctima o victimario no es atendido mediante un programa específico que ayude a las partes a parar el círculo, y si esto no sucede, este proceso vicioso puede terminar con la muerte de alguno de los implicados en la violencia.

Para finalizar cabe decir que en México a pesar de que contamos con una larga lista de leyes estatales, federales, y también de tratados

internacionales firmados y ratificados, seguimos viendo que las mujeres correspondientes a grupos étnicos, siguen estando desprotegidas.

En este contexto la Convención de BELÉM DO PARÁ y CEDAW; así como la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana han sido muy contundentes respecto a lo que debe hacer México para prevenir este problema y poder garantizar que no se violenten ningún tipo de derechos de ninguna mujer, pertenezca o no a una comunidad étnica.

En este sentido debemos preguntarnos ¿Qué tendría que pasar para que nuestros gobernantes se integren a la lucha por la erradicación de la violencia contra la mujer? A caso están esperando más casos resueltos por la CIDH donde las víctimas sean mujeres indígenas cuyas sentencias sigan siendo condenatorias al país por sus negligencias. ¿A caso hay necesidad de más pérdidas de vida, violaciones de integridad física, emocional y sexual de mujeres para que nuestro gobierno pueda sensibilizarse? Estas preguntas las dejo a reflexión del lector.

REFERENCIAS

Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y Equidad de Género. (2012). *Análisis de los resultados del ENDIREH, comparativo 2006 y 2011*. file:///C:/Users/usuario/Downloads/ARE_C0611.pdf Consultada el 08 de febrero de 2017.

García, Montoya, L. (2014). *Violencia en el Hogar: Un estudio de las características del maltratador desde el punto de vista criminológico*. Edit. PUBLICIA.

Legislaciones

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La violencia como aspecto cultural: mujer y etnia
Dra. Lizbeth García Montoya
Dr. Gonzalo Armienta Hernández

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la
Violencia Contra la Mujer.

Convención para Erradicar Toda Forma de Discriminación Contra la
Mujer.

Páginas consultadas

www.inegi.gob.mx Consultada el 08 de febrero de 2017.

<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/06/21/966547>.
Consultada el 8 de febrero de 2017.

El razonamiento jurídico en el juez constitucional

Edgar Iván Ortega Peñuelas *

Sumario: Introducción; 1. El razonamiento jurídico; 2. El comportamiento del juez constitucional; 3. La discrecionalidad judicial; 4. Justificación racional constitucional; 5. La validez del pensamiento judicial; 6. La corrección en el razonamiento jurídico; Conclusiones; Relación bibliográfica.

Resumen: En el presente trabajo se enumeran una serie de factores que influyen en el razonamiento jurídico del juez constitucional, con el propósito de tener presente aquellos elementos que sin lugar a dudas se identifican dentro de las decisiones judiciales y que merecen tenerlos en cuenta en razón de que permitirán entender con mayor acercamiento lo complicado que puede resultar el pensamiento jurídico.

Palabras claves: Razonamiento jurídico, juez constitucional, argumento legal.

Abstract: In the present work a series of factors that influence the legal reasoning of the constitutional judge are listed, with the purpose of

* Maestría en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa y doctorado en Ciencias del Derecho por la misma institución, programa establecido en el padrón de calidad reconocido por CONACYT. Lea_f_winter@hotmail.com

having present those elements that undoubtedly they identify themselves within the judicial decisions and they deserve to be taken into account because they allow us to understand more closely how complicated legal thinking can be.

Keywords: Legal reasoning, constitutional judge, legal argument

INTRODUCCIÓN

El estudio de los pensamientos vertidos dentro de las sentencias de primer orden es un tema que no puede pasar por desapercibido en tiempos actuales, la forma en la que los jueces constitucionales deciden sobre asuntos controversiales ha llamado la atención de los juristas por el hecho de identificar la trascendencia de los mismos, sin embargo, esto representa una tarea compleja que poco a poco se ha ido desarrollando.

El propósito del presente estudio es el de acercar al lector al entendimiento de lo que ocurre dentro de la actividad judicial que desarrolla la figura del juez constitucional, así como advertir los retos a los que se enfrenta en el ejercicio de su función, lo cual genera polémica al momento de realizar una valoración de las decisiones judiciales por el hecho de que todavía no se establece un consenso dentro de la comunidad jurídica al respecto.

El presente trabajo se justifica bajo el hecho de que en tiempos actuales es indispensable conocer la forma de pensar de los jueces que toman decisiones controvertidas y que con su actuación generan un cambio en el tejido social, es necesario entender cómo se están tomando

estas decisiones que pueden llegar a beneficiar o afectar los derechos fundamentales de la sociedad.

1. El razonamiento jurídico

En décadas recientes se ha tornado indispensable descifrar las ideas que el juzgador ha vertido dentro de las resoluciones judiciales, esto se debe al creciente auge de la argumentación jurídica que como corriente del pensamiento exige crear mejores métodos y técnicas para abordar las cuestiones controversiales de la actividad judicial, algo que sin lugar a dudas sigue generando interés en los grandes juristas del Derecho.

Iniciemos definiendo lo referente al razonamiento jurídico, mismo que se entiende como “el proceso a través del cual se presenta una decisión como justificada en un ordenamiento jurídico. Por tanto, vaya por delante que la validez y, en ocasiones también la corrección de un razonamiento, dependen esencialmente del ordenamiento jurídico en el que éste se desarrolle”.¹

De esta forma, podemos entender el razonamiento jurídico como el ejercicio mental que permite establecer hipótesis de solución a temas complejos de la vida jurídica, a través de él podemos conocer las causas que originaron una decisión judicial, representa el procedimiento inferencial vertido por los juristas que se encuentra presentado como una justificación de su postura definitiva, permitiendo establecer si la resolución es aceptable e indubitable.

También es significativo precisar que el pensamiento jurídico debe ser realizado “de un modo coherente, lógico y racional, entendida

¹ Squella, Agustín (director), *Sobre el razonamiento jurídico*, Chile, edita la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 2000, p. 153.

la racionalidad, por supuesto no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”.²

La necesidad de realizar una comprensión de la realidad jurídica, sumado al hecho de un dominio exhaustivo de lo expresado dentro del ordenamiento jurídico, requiere en ocasiones de creatividad intelectual y visión reveladora para el debido análisis, comprensión y resolución de esas cuestiones controversiales al interior de la vida judicial.

Otra apreciación es la proporcionada por Manuel Atienza: “Desde una perspectiva formal, el razonamiento viene a ser un conjunto de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de los mismos); responde al problema de si a partir de enunciados –premisas– de tal forma se puede pasar a otro –conclusión– de otra determinada forma; y los criterios de corrección viene dados por las reglas de inferencia”.³

En el sentido formal Atienza señala que el razonamiento jurídico obedece a formulaciones lógicas que serán concatenadas por medio de la regla de inferencia, la cual consiste en establecer una relación entre las premisas normativas y fácticas dirigidas a una conclusión plausible, en este nivel el pensamiento vertido solamente atenderá a elementos de estructuración gramatical, sintáctica, semántica propios de la lógica deductiva.

Sin embargo, para Atienza también existe la formulación material del razonamiento jurídico. “Desde una perspectiva material, lo esencial

² Asís Roig, Rafael de, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1988, p. 90.

³ Fabra Zamora, José Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen dos, México, UNAM, 2015, p. 1421.

del razonamiento no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los enunciados verdaderos o correctos; un razonamiento responde al problema en qué se debe creer o qué se debe hacer y se resuelve, (...)”.⁴

Atendiendo al ámbito material del razonamiento jurídico, se tienden a valorar los fines o propósitos que persigue, ya no solamente sobre la corrección desde el punto de vista estructural sino más bien la intención o el significado que conlleva inmerso, es decir, el propósito que contiene dicho pensamiento y si éste es realmente válido en términos de la argumentación jurídica estándar.

Por último, nos señala Manuel Atienza que “la perspectiva pragmática considera el razonamiento como un tipo de actividad (la realización de una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio (retórica) o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico (dialéctica)”.⁵

En cuanto al aspecto pragmático, el razonamiento jurídico se identifica como un ejercicio donde se exponen todos los argumentos que intentarán convencer a los demás juristas (retórica) –pensemos en el procedimiento de resolución ejercido por el Pleno de la Suprema Corte mexicana–, en donde se defienden las convicciones planteadas por cada uno de los ministros con el objeto de tomar una decisión en conjunto (dialéctica) para resolver los asuntos presentados ante su jurisdicción.

⁴ *Ídem.*

⁵ *Ídem.*

Otras características surgen de la expresión de Kalinowski que considera a los razonamientos jurídicos como aquellos exigidos dentro de la vida jurídica:

Por un lado, distingue entre razonamientos de coacción intelectual (lógicos), de persuasión (retóricos) y propiamente jurídicos (los que se basan en presunciones, prescripciones, ficciones, etc., establecidas por la ley). Por otro lado, separa los razonamientos normativos (cuando al menos una de las premisas y la conclusión son normas) de los no normativos (que sólo serían jurídicos por accidente).⁶

Esto nos permite identificar una serie de condiciones propias de los razonamientos, la coacción intelectual en donde se evalúa si el pensamiento es coherente y correctamente estructurado en relación a su forma, respecto al elemento persuasivo enfocado a demostrar y prevalecer en relación a las demás razones expuestas, por último, las jurídicas que obedecen a significaciones normativas deónticas como aquello permitido o prohibido y las no deónticas relativas a definiciones y conceptos.

Dentro del segundo orden, se pueden encontrar elementos relacionados con el poder que les atribuye una norma, surgen del contenido de un enunciado jurídico y en él encuentran su fundamento, estableciendo una medida de aplicación del texto legal, respecto a los de carácter no normativo, podemos agregar que obedecen a criterios éticos, morales, económicos que pueden guardar una vinculación jurídica en cuanto se complementen con otras reglas del sistema normativo.

⁶ Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México, UNAM, 2005, p. 28.

En este sentido, entendemos el razonamiento jurídico desde un enfoque legalista en donde se “parte del supuesto de que las decisiones judiciales están predeterminadas <<por el derecho>>, concebido éste como un cuerpo de reglas preexistentes establecidas en materiales jurídicos (...)”.⁷ Conocidas estas últimas en el caso del derecho mexicano como la Constitución, jurisprudencia, leyes federales, locales y ordenamientos internacionales.

No obstante, no debemos expresar solamente la función legalista como única fuente del razonamiento jurídico, en la actualidad los principios normativos van más allá de las reglas e incluso del sistema interno de cada país, por lo que se vinculan a la toma de decisiones desde una perspectiva iusnaturalista basada en la universalidad y con un carácter predominante en muchos casos.

Otra clasificación del razonamiento jurídico la presenta Aulius Aarnio quien sostiene:

La descripción heurística (contexto de descubrimiento) nos da información acerca del procedimiento real del razonamiento jurídico (¿Cómo se puede encontrar la respuesta?). Por otra parte, la explicación causal o intencional se refiere a las cuestiones de por qué (¿por qué sucedieron las cosas de tal manera?). Por último, el aspecto justificativo (contexto de justificación) arroja luz sobre la argumentación (¿a partir de qué bases se llega a la respuesta?)⁸

⁷ Posner, Richard A., *Como deciden los jueces*, trad. de Roca Pérez, Victoria, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 53.

⁸ Aarnio, Aulius, *Derecho, racionalidad, y comunicación social, ensayos sobre filosofía del Derecho*, traducción de Larrañaga, Pablo, México, editado por Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, distribuciones fontanar, 1995, p. 51.

En el contexto de descubrimiento se advierte la forma en la que se busca llegar al razonamiento en sí mismo, consiste en una creación y orientación argumentativa adecuada para la resolución del problema judicial, ante esta tesis cabría analizar los mecanismos por los que el juez ha optado para analizar nuevas posibilidades de respuesta al caso concreto.

Por otra parte, la explicación causal se orienta hacia una contracción de análisis lógico-axiológico para develar con claridad el pensamiento valorado y sus intenciones consecuenciales, con el objetivo de dar paso a una decisión judicial pertinente, permite conocer las intenciones inmersas en el razonamiento del juez y en gran medida orienta respecto a la postura de lo que va a prevalecer por el resto del procedimiento.

En el caso del contexto justificativo, se presenta el producto final de la valoración interna realizada por el juez y al mismo tiempo se defiende la argumentación adoptada que será puesta a prueba por otros jueces de igual jerarquía -en el caso del Tribunal constitucional-, en donde con mayor detalle se analizan los razonamientos expuestos y se da paso a su rechazo o aceptación.

2. El comportamiento del juez constitucional

Existen distintos patrones de conducta que influyen en el comportamiento del juez los cuales se tratan de explicar a partir de distintos enfoques que arrojan luz sobre la toma de decisiones al interior de los Tribunales Constitucionales, mismos que son de suma importancia para esclarecer la función que se realiza y que desemboca en una decisión definitiva.

A pesar de la trascendencia del estudio del perfil de comportamiento “no existe un planteamiento convincente, unificado, realista y apropiadamente ecléctico de cómo los jueces adoptan realmente sus decisiones en los casos no rutinarios: dicho brevemente, falta una teoría descriptiva de la decisión judicial”.⁹

En este sentido, debemos abordar el estudio en base a distintos fragmentos teóricos que de alguna forma explican la conducta o los parámetros de comportamiento de los jueces, dada la multiplicidad de perfiles que conforman su personalidad. En el presente estudio solamente haremos referencia a unos de esos factores dado que representa un estudio más profundo que se puede proponer en futuras investigaciones.

De esta forma, podemos agregar que los comportamientos de los jueces giran en torno a distintas concepciones de la realidad. “Uno de los enfoques teóricos que más se utilizó fue el estratégico, según el cual los jueces son capaces de ordenar sus preferencias y las motivaciones de sus decisiones provienen de factores externos”.¹⁰

La función de un juez constitucional está integrada por distintas disciplinas como la política, la economía, la sociología, la tecnológica y la cultura por mencionar algunas, que dirigen las percepciones de la realidad en las que su decisión debe encontrar un equilibrio sustancial, el problema se puede presentar si cualquiera de los factores externos predomina sobre los principios de una debida argumentación jurídica integral.

⁹ Posner, Richard A., *óp. cit.*, p. 31.

¹⁰ Cortez Salinas, Josafat, “El regreso del derecho a los debates sobre conducta judicial. Un diálogo entre derecho y ciencia política.”, *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, México, nueva época, año LXIII, núm. 232, enero-abril de 2018, p. 330.

Otro de los enfoques en la conducta del juez es el relacionado con la teoría pragmática, misma que “se refiere a que la decisión judicial ha de estar fundamentada en los efectos que la decisión probablemente tendrá, y no en la dicción textual de una ley o de un precedente o, por decirlo de forma más general, de una regla preexistente”.¹¹

Es conveniente entender esta teoría en razón de que en relación a la justicia constitucional permite valorar si el juez analizó las ventajas y desventajas de su decisión, así como explicar en base a las situaciones futuras porqué representa la mejor respuesta al caso concreto, asumiendo los riesgos que representa su postura final, esto es un hecho inevitable en la conducta del jurista.

De igual manera la teoría pragmática encuentra una contraposición con el enfoque formalista-normativo del Derecho. “La característica de los legalistas es que se apegan lo más posible a la literalidad de las normas jurídicas, mientras que los consecuencialistas toman en consideración las consecuencias políticas o económicas de sus decisiones”.¹²

En este contexto, es significativo identificar la formación del juez para poder entender cuál es su reacción ante determinados eventos de relevancia jurídica, lo que debemos destacar es la capacidad argumentativa y el peso de los argumentos que se formulen en tal o cual postura, sin embargo, tenemos que entender que los casos difíciles requieren de un comportamiento objetivo e integral del Derecho.

El aspecto de la interpretación también representa un factor decisivo en el comportamiento judicial más aún en un Estado democrático constitucional. “El interpretativismo se caracteriza por lo

¹¹ Posner, Richard A., *óp. cit.*, p. 52.

¹² Cortez Salinas, Josafat, *óp. cit.*, p. 331.

siguiente: invierte el precedente judicial, expande la jurisdicción de la Corte, apela a una interpretación no literal de la Constitución y de la ley y está en contra de una interpretación limitada del proceso legal.”¹³

Ante estas aseveraciones se pueden encontrar dos posturas interpretativas en el comportamiento de los jueces, aquellos que apelan por una interpretación normativista, sistémica y literal, en donde el Juez es la boca de la ley, y otra que exige una interpretación expansiva donde los requerimientos legales sean complementados por principios o directrices que serán de gran aplicación ante la ausencia de respuesta justa en el sistema normativo.

Otro aspecto que interviene en el comportamiento de los jueces es el relacionado con el principio de independencia judicial. “Sin éste, los problemas anulan la fuerza ética para decir el derecho; el juez carece de poder para juzgar a los otros poderes”.¹⁴

Este elemento de independencia representa un gran reto para las instituciones de justicia, una conducta condicionada por intereses ajenos a los institucionales representa un gran detrimento en el actuar de los jueces, por consiguiente, el comportamiento debe realizarse de manera imparcial, libre de presiones ejercidas por actores políticos, económicos o de cualquier índole.

En gran medida el comportamiento del juez influye en la decisión final, otros elementos que habría que incluir son los referentes a la concientización y la voluntad, el primero de ellos en razón de que se debe tener conciencia de las repercusiones que su comportamiento

¹³ *Ídem.*

¹⁴ Díaz Romero, Juan, “Problemas éticos del juez constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre 2009, p. 72.

podrá generar al interior del sistema jurídico, en el segundo de los casos, se debe tener ese ímpetu, ese deseo inconmensurable de resolver de la mejor forma posible los casos difíciles.

3. La discrecionalidad judicial

El factor de la discrecionalidad ha influido categóricamente en el proceso del razonamiento jurídico, a tal punto que en ocasiones se considera que es algo natural dentro del procedimiento judicial, al momento de acercarse a la valoración final, es preciso establecer una relación de conexión entre lo que la norma o el principio establece y el test considerativo donde se termina por materializar la decisión resolutive.

Sin embargo, para Ramón Ruiz Ruiz, resulta interpretable la posición advertida en el párrafo anterior. “No obstante, aunque es cierto que esta discrecionalidad es inevitable –e incluso conveniente en algunos aspectos–, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica”.¹⁵

Efectivamente el uso de la discrecionalidad debe ser limitado en cuanto sea posible y dar paso a una exhaustiva operación racional que conlleve un objetivismo puro y al mismo tiempo apego a los lineamientos argumentativos, conforme pasa el tiempo se ha requerido por una sofisticación en el pensamiento judicial que permita crear mejores herramientas que minimicen el uso de la discrecionalidad en sentido negativo.

¹⁵ Ruiz Ruiz, Ramón, *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, España, civitas, 2016, p. 35.

No obstante, el problema de la discrecionalidad sigue perdurando en nuestros días y es que “el juez que tiene la obligación de aplicar el Derecho, considerando que éste implica no sólo normas sino también políticas y principios, tiene una discrecionalidad considerablemente menor que la que podría decirse que tiene si el Derecho que tuviera que aplicar consistiera únicamente en normas”.¹⁶

Se advierte el hecho de que la discrecionalidad se puede ver reducida en razón de existir junto a las normas principios y directrices, elementos que ayudan en gran medida al uso reducido de la facultad discrecional, sin embargo, no podemos pasar por alto que aun existiendo estos mecanismos para regular las conductas judiciales se sigue generando la aplicación de criterios personales o subjetivos para la resolución de problemas jurídicos.

En este punto, se ha propuesto por parte de Anthony Kronman una forma adicional para solucionar el problema. “La manera de erradicar “el mal” de la discrecionalidad, se sugirió, consiste simplemente en tener en cuenta el hecho obvio de que cuando los jueces deciden casos, lo hacen sujetos a las restricciones que surgen de un conjunto de impresiones comunes que comparten con los otros miembros de la comunidad interpretativa a la que pertenecen”.¹⁷

Esto logra un mejor posicionamiento por parte del juez constitucional de cómo resolver un caso complejo, pero sin lugar a dudas solo representa un apoyo en cuanto a las recomendaciones que se hagan entre sí los juristas, sin existir un mecanismo real de legalidad

¹⁶ Kronman, Anthony T., “El problema de la discrecionalidad judicial”, consultado el día 11 de marzo de 2017 en:
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/el-problema-de-la-discrecionalidad-judicial.pdf, p. 97.

¹⁷ *Ibidem*, p. 98.

inmerso que determine hasta donde se puede hacer uso de ésta facultad sin excederse, de cierto modo se puede conseguir orientación y claridad para abordar las cuestiones judiciales.

Por otro lado, como lo expresa Juan B. Etcheverry “un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para un caso, es que dicha determinación sea correcta o justa como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos”.¹⁸

Desde ésta perspectiva identificamos que la discrecionalidad judicial será justificada si se ha realizado de manera adecuada y congruente, generando una justificación de la decisión que tomó el juez, sin embargo, esto solo puede advertir el hecho de que se actuó de la mejor manera posible, de acuerdo a una buena voluntad, pero el razonamiento va más allá y adicionalmente deberá superar los parámetros de la lógica y la argumentación.

Para finalizar el tema, la apreciación a la que llega Etcheverry es que “sin duda es la virtud de la prudencia la que posee mayor potencial explicativo en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente. Justamente, dicha virtud podría explicar o iluminar el camino completo que discurre desde los criterios o pautas generales a las decisiones discrecionales particulares”.¹⁹

A manera de conclusión sostenemos que la discrecionalidad con la que deciden los jueces no es un elemento que se haya podido regular de forma detallada por el ordenamiento jurídico, más bien se puede

¹⁸ Fabra Zamora, José Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (editores), *óp. cit.*, p. 1409.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1412 y 1413.

entender desde criterios valorativos que proporcionan una explicación de la forma de adecuación de la conducta del juez a la complejidad del caso, por lo que seguirá generando debate entre los juristas.

2. Justificación racional constitucional

En relación a la justificación realizada por los jueces y sobre todo por los de rango constitucional se convierte en un requisito indispensable en razón de verificar el trabajo realizado por los antes mencionados; ante esta premisa Rodolfo L. Vigo establece: “En materia decisoria judicial entendemos por justificar o fundamentar a la exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales”.²⁰

Se desprende el hecho de que la justificación es el elemento que permitirá evaluar el razonamiento vertido por los jueces dentro de las sentencias, al mismo tiempo permite comprender la naturaleza de los problemas analizados y por consiguiente formular una opinión objetiva sobre la resolución, pero lo más importante es que la justificación es el requisito que otorgará o no la aprobación de los análisis jurídicos posteriores.

En cuanto a la justificación que realizan los jueces constitucionales “suele ser habitual afirmar que la justificación interna es una cuestión de lógica deductiva mientras que la externa va más allá de la lógica en sentido estricto”.²¹ Por éstas razones entendemos *prima facie* cómo la valoración personal del caso representa la postura interna,

²⁰ Vigo, Rodolfo L., “Razonamiento justificatorio judicial”, consultado el día 10 de marzo de 2017 en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142019.pdf>, p. 495.

²¹ Squella, Agustín, (Director), *óp. cit.*, p. 154.

respecto del aspecto externo, advierte a circunstancias que condicionan la opinión personal del juez, como los argumentos de los demás jueces en el caso del Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, una justificación de esta índole permitirá entender y aceptar por parte de los operadores jurídicos –abogados, jueces, sociedad– la medida con la que se ha pronunciado el fallo, las características esenciales del pensamiento vertido en las sentencias, así como el hecho de evaluar el grado de satisfacción lógica a la que aspira el raciocinio judicial.

Otra perspectiva relacionada con lo externo e interno de la justificación nos la proporciona Rodolfo L. Vigo quien manifiesta que la “clasificación entre justificación interna y justificación externa: mientras aquella remite a las vinculaciones lógicas o formales una vez puestas las premisas, la otra se ocupa de la justificación de las premisas mismas”.²² Las cuales deberán ser observadas de la manera óptima por los jueces constitucionales.

Dentro de este enfoque agregamos que desde el punto de vista interno de la justificación deberá superar el denominado test de la formalidad que ya por sí mismo representa una fuerte prueba de congruencia, coherencia y razonabilidad, mientras que en cuanto al factor externo la persecución del fin que conlleva inmersa el razonamiento será elemento clave para su aprobación al momento de establecer la validez respectiva.

También es destacable el hecho de que dentro del ámbito constitucional estas decisiones conllevan un grado mayor de justificabilidad, en virtud de atender a casos complejos en donde los

²² Vigo, Rodolfo L., *óp. cit.*, p. 497.

criterios emitidos por el juez necesariamente deberán ser elaborados con alto grado de congruencia, no contradicción y aceptabilidad.

Para lograr la legitimación del juez constitucional, es necesario que sus decisiones se apoyen en los requerimientos argumentativos, así lo explica Jaime Cárdenas Gracia. “En cuanto a la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, (...) viene determinado por la calidad justificatorio de las decisiones. La argumentación jurídica debe ser elevada en el Poder Judicial a un rango nunca antes visto”.²³

De acuerdo al grado de impregnación de argumentos válidos dentro de una justificación interna y externa, se podrá lograr un mayor crecimiento en relación a la calidad de los razonamientos expresados en las sentencias de primer orden, una práctica necesaria para lograr un desarrollo sustancial en la actividad judicial, así como el lograr mayor certidumbre jurídica en la toma de decisiones.

En este sentido, se deduce que: “El Poder Judicial y el juez constitucional, (...) pueden ensayar una pluralidad de métodos y vías argumentativas que redunden en la fortaleza de las decisiones. Las variadas reglas de coherencia y consistencia de las teorías argumentativas deben ser conocidas y puestas en práctica ampliamente por la clase judicial”.²⁴

El amplio conocimiento que genera la argumentación jurídica exige a los altos tribunales justificaciones completas, exhaustivas y progresivas que permitan resolver en base a la defensa de razonamientos óptimos, los problemas que se presentan en instancias en donde ya no existen recursos adicionales para ser combatidos, es por

²³ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, p. 196.

²⁴ *Ídem*.

esta razón que la justificación racional es un elemento que debe ser garantizado en el Estado constitucional.

Habrá que añadir que la justificación racional es indispensable para garantizar el apego a los lineamientos constitucionales, además de que le brindará al juez una mayor credibilidad en la actividad que realiza, en el ámbito en que se desenvuelve un alto tribunal se deben reforzar los estudios críticos y valorativos de las justificaciones que son defendidas por los jueces, esto puede generar una cultura jurídica que logre una concientización de la sociedad en donde se aplican las decisiones judiciales.

5. La validez del pensamiento judicial

En este tema es preciso determinar cómo se mide la validez del razonamiento emitido por un juez, qué parámetros se han de seguir para poder acreditar su desempeño en el plano cognitivo, de igual forma como el juez puede fundar su justificación y consolidar lo establecido en su decisión, dentro de estos requisitos nos encontramos con dos especialmente requeridos –aunque no los únicos–, nos referimos a la fundamentación y la motivación.

En cuanto a la fundamentación es necesario para que sea un criterio válido que el juez se instituya en una norma o enunciado normativo capaz de otorgar la regulación de la conducta concreta, aquí no existe mayor problema por el hecho de que el enjuiciador hará disposición del contenido normativo, el razonamiento por lo tanto se preocupa mayormente más no de manera exclusiva de la “existencia de

motivación, que se traduce en la presencia de criterios de interpretación y de justificación en sentido estricto (...).²⁵

Dentro de la motivación se ejercitan los argumentos que dan paso a la postura del juzgador, en donde la asignación de significado a la norma o principio juega un rol relevante al fijar los alcances de la ley o contenidos constitucionales que se traducen en una respuesta al caso específico, respaldado esto por la forma en que el jurista ha de probar sus razonamientos ante un proceso de valoración posterior.

De igual forma es destacable la aportación de Rodolfo L. Vigo quien aduce a la función de validez en el sentido de que “a partir de entender que una norma es un plexo compuesto por enunciado deóntico, justificación e interpretación, ha concluido que «la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla», y en consecuencia la validez de una norma depende de su justificación (...).²⁶

Para validar la aplicación de una norma dentro de la decisión judicial y por consiguiente para que está justifique el razonamiento vertido por el juez es necesario que se legitime la aplicación de la norma en el sentido de que realmente sirva para regular las situaciones de la realidad jurídica, lo cual traerá como resultado que tanto el enunciado jurídico como su aplicación en la decisión judicial a través del razonamiento del jurista alcanzará el propósito o fin para el cual fue instituida.

Otro aspecto destacable para determinar la validez del pensamiento judicial es su contrastación con la realidad, desde la concepción material del razonamiento jurídico es interesante valorar las

²⁵ Squella, Agustín, *óp. cit.*, p. 160.

²⁶ Vigo, Rodolfo L., *óp. cit.*, p. 499.

consecuencias que las decisiones de los altos tribunales generan en el sistema jurídico, social o político, de esta forma, evaluar si la sentencia cumple con la finalidad de solucionar el problema advertido.

Bajo estas ideas, Manuel Atienza explica como la teoría consecuencialista de la argumentación puede establecer la validez del pensamiento judicial en base a los efectos que produce. “El criterio de las consecuencias significa que en el Derecho (en el razonamiento judicial) las razones finalistas (- -) juegan un papel que puede ser mayor o menor según el sistema jurídico (la tradición jurídica) de que se trate o la concepción del Derecho que se suscriba”.²⁷

Para definir si el razonamiento del juez constitucional vertido en las sentencias es válido, es necesario realizar un estudio de los efectos que producen sus decisiones –esto en palabras de MacCormick–, de esta forma determinar el grado asertivo y de coherencia exigido a los tribunales de última instancia, complementando el elemento formal con su referida comprobación material.

6. La corrección en el razonamiento jurídico

El siguiente elemento se refiere a la corrección del razonamiento jurídico, por lo que “calificar algo como correcto implica realizar un juicio de valor que toma como referencia algún sistema normativo. Si pensamos por ejemplo en una conducta o en una norma, podremos calificar a éstas como correctas desde diversos puntos de vista,

²⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, trota, 2013, p. 558.

dependiendo del ámbito en que nos estemos moviendo o del sistema normativo que establezcamos como referencia”.²⁸

Para obtener una mejor acepción sobre el término es conveniente tener en cuenta el sistema normativo en donde se desenvuelve la actividad judicial. Para medir la corrección de un razonamiento es necesario que las leyes acrediten su validez ante los órganos públicos y ante la sociedad, en otras palabras, deberá de contar con un consenso mínimo en donde se garantice que una argumentación es correcta sí y solo si la norma en que se apoya cumple con los criterios de validez formales y materiales.

Al mismo tiempo es importante señalar que existe un criterio insuperable para determinar la corrección de un razonamiento “el criterio que denomino como de coherencia a futuro expresa la exigencia de adoptar significados que se vayan a mantener en razonamientos posteriores que se desenvuelvan en idéntica o similares circunstancias”.²⁹ Se intenta lograr una proyección que sirva para las situaciones jurídicas en problemas surgidos con posterioridad.

Es de interés señalar que un razonamiento que se rige por el criterio de coherencia a futuro, puede presentar dos situaciones, la primera relacionada con establecer un pensamiento general o abstracto que sirva para decisiones posteriores y así otorgar al juez una aceptación en cuanto al principio de universalidad, por otro lado, el relativo a la oportuna valoración de supuestos de hecho, en donde se puedan fijar criterios que puedan regular con efectividad todas las circunstancias reales, aquí nos referimos al análisis de múltiples situaciones que caen bajo el razonamiento a pronunciar.

²⁸ Vigo, Rodolfo L., *óp. cit.*, p. 499.

²⁹ Squella, Agustín, *óp. cit.*, p. 164.

En este orden de ideas “un juicio acerca de qué es lo que se debe hacer <<all things considered>> es correcto si es el juicio que favorece aquella teoría que da cuenta de manera más coherente de las relaciones entre las razones específicas (tales como valores morales, doctrinas jurídicas y precedentes) que son relevantes en el caso concreto (...)”.³⁰

En este punto, un razonamiento se considerará correcto si realiza una valoración integral de los factores que influyen en la problemática específica, pudiendo dar paso a posteriores aplicaciones en supuestos análogos, permitiendo formular criterios jurisprudenciales adecuados a las situaciones imperantes dentro de la realidad jurídica, sin dejar de explorar el amplio bagaje del conocimiento jurídico.

Por otro lado, se encuentra el denominado criterio de aceptabilidad. “El criterio de la aceptabilidad expresa la exigencia de que la decisión sobre el significado (y sus consecuencias) sea aquella que presumiblemente sea aceptada por los miembros de la comunidad jurídica a la que se dirige”.³¹ Por ende, el consenso respecto a su aceptación recae en manos de especialistas y conocedores del Derecho.

Al respecto se puede agregar en cuanto al criterio de aceptabilidad sobre la corrección de un razonamiento judicial que debe atender a esa valoración en donde se logre alcanzar la máxima del pensamiento jurídico, por ser ésta argumentación la que mejor se obtiene para las consecuencias que pueden dar lugar a situaciones que necesariamente deben ser resueltas por los jueces, como una forma de fortalecimiento institucional.

³⁰ Atienza, Manuel, “Curso de argumentación jurídica”, *óp. cit.*, p. 596.

³¹ Squella, Agustín, *óp. cit.*, p. 164.

Conclusiones

El razonamiento jurídico es un tema que ha sido desarrollado gradualmente, es necesaria la comprensión del mismo para poder entender la naturaleza con la cual se toman las decisiones judiciales, en el ámbito constitucional se vuelve más complejo su entendimiento en razón de que existen problemas que van más allá de la normatividad existente y que requieren del empleo de principios fundamentales para solucionar los asuntos controvertidos.

El comportamiento del juez constitucional atiende a distintas percepciones que se tienen sobre el fenómeno jurídico, dichos enfoques se encuentran vinculados a elementos formalistas, normativistas, iusnaturalistas, axiológicos, políticos, sociales, culturales, entre otros, que explican -pero no en todos los casos justifican- las posturas adoptadas por los jueces de primer orden, que de cualquier forma el entendimiento de dichas conductas revela situaciones importantes en relación al razonamiento judicial.

La discrecionalidad judicial es un elemento analizado bajo criterios valorativos, no existen enunciados jurídicos que establezcan las directrices a seguir para su debida regulación y evitar dar paso a su excesiva aplicación, solamente se ha podido lograr una aproximación axiológica en el entendimiento del problema, ésta situación se agrava al momento de aplicar principios normativos en la resolución de casos difíciles.

La justificación racional del juez obedece al hecho de estatuir si los pensamientos se encuentran correctamente elaborados –aspecto formal–, y sí los mismos persiguen un fin válido –aspecto material–, así como el hecho de que puedan ser sostenidos ante cualquier

cuestionamiento formulado por jueces de igual jerarquía –justificación externa–, por último, encontrar su aceptación ante la resolución de casos problemáticos –justificación interna– que la sociedad demanda que sean resueltos de la mejor manera posible.

La validez y la corrección del razonamiento jurídico son parámetros de medición en cuanto que esclarecen la efectividad, oportunidad y aplicabilidad del mismo, dichos elementos son necesarios para dotar de certidumbre jurídica a las resoluciones pronunciadas por los altos tribunales y de esa forma legitimar su ejercicio ante la sociedad y responder a las necesidades jurídicas actuales.

RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Libros

Aarnio, Aulus, *Derecho, racionalidad, y comunicación social, ensayos sobre filosofía del Derecho*, traducido por Larrañaga, Pablo, México, editado por Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, distribuciones fontanar, 1995.

Asís Roig, Rafael de, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1988.

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México, UNAM, 2005.

- - -, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, trota, 2013.

Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005.

Fabra Zamora, José Luis y Rodríguez Blanco, Verónica, editores, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen dos, México, UNAM, 2015.

Posner, Richard A., *Como deciden los jueces*, trad. por Roca Pérez, Victoria, Madrid, marcial pons, 2011.

Ruiz Ruiz, Ramón, *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, España, civitas, 2016.

Squella, Agustín, (Director), *Sobre el razonamiento jurídico*, Chile, edita la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 2000.

Hemerografía

Cortez Salinas, Josafat, “El regreso del derecho a los debates sobre conducta judicial. Un diálogo entre derecho y ciencia política.”, *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, México, nueva época, año LXIII, núm. 232, enero-abril de 2018.

Díaz Romero, Juan, “Problemas éticos del juez constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre 2009.

Fuentes consultadas de internet

Kronman, Anthony T., “El problema de la discrecionalidad judicial”, consultado el día 11 de marzo de 2017 en:

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/el-problema-de-la-discrecionalidad-judicial.pdf

Vigo, Rodolfo L., “Razonamiento justificatorio judicial”, consultado el día 10 de marzo de 2017 en:

<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142019.pdf>

Teoria da justiça, ética discursiva e feminismo: reflexões jusfilosóficas

*Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza **

*Ricardo Maurício Freire Soares **

Sumario: Introdução. 1. Dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos. 1.1. Entre a realidade e o valor. 1.2. Uma reflexão sobre o campo de interesses da Filosofia do Direito 2. Teoria da Justiça: um cenário de amplidões. 2.1. Teorias do Direito. 2.2. A teoria da justiça de Rawls. 3. Feminismo: entre a Filosofia e o discurso do Direito. 3.1. As mulheres, o matrimônio e a família. 3.2. Concepções familiares contemporâneas. 4. O cenário do feminismo. 4.1. A mulher moderna: feminina, feminista e cidadã. 4.2. Hermenêutica, discurso, ética: interpretando a realidade da mulher. Considerações finais. Referências

Resumo: O artigo se reporta as questões que envolvem o Feminismo entre a Filosofia e o discurso do Direito, mormente nos turbulentos dias da pós-modernidade que conjuga renovação de conceitos e alterações nos comportamentos do ser humano interessam à ciência do Direito, ao legislador e ao cidadão comum, homem ou mulher. Não é possível propor um conjunto de causas sociais, cujas conquistas revertam resultados apenas para as mulheres, pois mulheres e homens vivem e agem em compartilhamento na sociedade. Os aspectos atinentes à mulher, ao matrimônio e à família estão solidificados no texto da Constituição Federal vigente, e é nisto que se fiam os sujeitos sociais como garantia

efetiva e eficaz da proteção dos seus direitos e da cidadania. Para atingir os objetivos, a Lei terá de continuar analisando suas teorias, práticas e leituras interpretativas da vida e da própria lei, buscando delas retirar significados voltados ao bem-estar da sociedade.

Palavras-chave: Ética do discurso. Feminismo. Filosofia do Direito. Teorias da Justiça.

**Philosophy of Law: Justice Theory and discourse ethics
in the scenario of feminism**

Abstract: The article reports on the issues surrounding Feminism between Philosophy and the discourse of Law, especially in the turbulent days of postmodernity that combines renewal of concepts and changes in the behaviors of the human being interested in the science of Law, the legislator and the citizen Common, man or woman. It is not possible to propose a set of social causes, whose achievements only revert results to women, since women and men live and act in sharing in society. The aspects related to women, marriage and the family are solidified in the text of the Federal Constitution in force, and it is in this that social subjects are trusted as an effective and effective guarantee of the protection of their rights and citizenship. In order to achieve the objectives, the Law will have to continue analyzing its theories, practices and interpretive readings of life and of the law itself, seeking to remove from them meanings aimed at the well-being of society.

Key words: Discourse ethics. Feminism. Philosophy of Law. Theories of Justice.

INTRODUÇÃO

Este artigo se desenvolve sobre o tema Filosofia do Direito: Teoria da Justiça e ética do discurso no cenário do feminismo. O objetivo geral é o de discorrer sobre a Filosofia do Direito, relacionando-a a outros campos do conhecimento, à Teoria da Justiça e à ética do discurso no contexto do feminismo.

Os objetivos específicos são: a) discorrer acerca dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos com outras ciências. Para tanto, será elaborada uma reflexão abordando a posição do Direito entre a realidade e o valor; depois, a abordagem se volta para o campo dos interesses da Filosofia do Direito; b) lançar um olhar sobre a Teoria da Justiça em seu panorama de amplitudes; c) esboçar as nuances do feminismo entre a Filosofia e o discurso do Direito; d) comentar aspectos da hermenêutica e do discurso pelo viés centrado no panorama do feminismo.

A estruturação deste estudo qualitativo contou com a pesquisa em fontes como: Del Vecchio (1951); Radbruch (1997); Morrison (2012); Gargarella (2008); Soares (2016) e outros que subsidiaram a presente teorização. Portanto, adotou-se a metodologia que engloba a leitura e interpretação das fontes em busca de renovações do pensamento jurídico e de manter um diálogo teórico em função da temática escolhida para dela obter inferências que contribuirão para a formulação de possibilidades interpretativas que venham a oferecer a revelação de uma lógica para o entendimento do pensar e agir jurídicos, direcionando o olhar para o feminismo.

O estudo é justificável pela importância da reflexão constante sobre os temas do Direito e seus diálogos com temáticas muito

presentes no contexto mundial e em revisitação na atualidade dos aspectos revoltos e revolucionários do século XXI.

Para se refletir sobre a Filosofia do Direito e seus relacionamentos, é indispensável remontar à própria Filosofia, ciência do pensamento, da sabedoria. O campo do conhecimento da Filosofia pode ser dividido analiticamente em a) Lógica/ método de pensamento, do pensar rigorosamente sobre o próprio pensar, interesse da ciência do Direito, e Lógica formal (da matemática, da exatidão), Lógica material (metodologia, fundamento da lógica jurídica, da maneira como entender a aplicação do direito de forma orientada; b) Filosofia Especulativa (do ver a realidade, do olhar sobre o real, de interesse do Direito) que, por sua vez se subdivide em Filosofia da natureza (da física, do observar aquilo que existe e da curiosidade em entender como funciona o mecanismo do Universo), esta se biparte em *Cosmologia* (do Cosmos/Universo) e *Antropologia* (do homem, sua essência e integração com a natureza); e Filosofia além da natureza (da metafísica, da tentativa do homem em responder às suas mais inquietantes dúvidas sobre sua origem, razão de ser e destino), subdividindo-se em *Ontologia* (do ser) e *Gnoseologia* (da abstração dos sentidos em busca do conhecer-se, saber-se, do aforismo grego “conhece-te a ti mesmo”); c) Filosofia prática (da práxis, do agir, do fazer), que se distribui por dois ramos, o da *Ética* (da moral, do decoro/decência, da imposição dos costumes pela norma/regra), direito (do correto na relação entre os sujeitos sociais), que interessa ao Direito, ciência preocupada com o fazer humano, o comportamento; e o da *Estética* (do bom, do belo e do perfeito). A jusfilosofia é a filosofia do Direito, que trata dos fazeres do cientista do Direito e dos atores jurídicos dessa área.

As questões que envolvem o Feminismo entre a Filosofia e o discurso do Direito, mormente nos turbulentos dias da pós-modernidade e da era que conjuga transformações profundas e a renovação de conceitos e alterações nos comportamentos do ser humano interessam à ciência do Direito, ao legislador e ao cidadão comum, quer homem ou mulher. Não se pode propor um conjunto de causas sociais apenas para as mulheres, pois elas e eles vivem e agem na sociedade.

As questões que envolvem a mulher, o matrimônio e a família estão solidificadas no texto da Constituição Federal vigente e é nisto que se fiam os sujeitos sociais como garantia efetiva e eficaz da proteção dos seus direitos e da cidadania.

1. Dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos

Quando, pois, se quer refletir também sobre o conceito e tarefas da Filosofia e da ciência do Direito, ou

[...] se o estudo do Direito, enquanto nele se adopta o ponto de vista universal, constitui o objeto da Filosofia do Direito, de notar é, todavia, que o mesmo pode ser também considerado sob outro ponto de vista; o particular. Nesse caso, será ele então objeto da ciência jurídica propriamente dita ou Jurisprudência *stricto sensu*. (Del Vecchio, 1951, p. 15).

Desde sempre, por toda parte, e criado por cada povo, há um sistema positivo de Direito, o que significa dizer que funciona uma teia complexa e variada de normas ou de institutos, cujo papel é informar e regular, obrigatoriamente, a vida de um povo. Isto é, os sistemas têm

cuidado de manter as sociedades e seus indivíduos dentro de uma ética imposta pelo conjunto normativo que lhes cobra um comportamento e um fazer dentro dos princípios da moralidade e da decência.

Sendo assim, constata-se o nexo das três tarefas ou investigações de que se ocupa o direito, muito “embora se distingam umas das outras, são todavia entre si conexas”. A primeira tarefa é a da lógica, que “procura fixar o objeto de todas as discussões ulteriores: o direito; ou seja: define aquilo que se encontra subentendido em qualquer investigação de natureza jurídica”. A segunda tarefa é a fenomenológica, e a terceira é a deontológica. A Filosofia do Direito, “é a disciplina que define o direito na sua universalidade lógica, investiga os fundamentos e os caracteres gerais do seu desenvolvimento histórico e avalia-o segundo o ideal de justiça traçado pela razão pura.” (Del Vecchio, 1951, p. 18).

A Filosofia do Direito se distingue da Filosofia do Direito Natural, a primeira é bem mais antiga e teve seu nome alterado como um produto de reação aos equívocos cometidos pela Escola do Direito Natural,¹ denominação esta defendida por Vecchio, (1951) e que,

¹ O Direito Natural (jusnaturalismo), que tem como características a estabilidade (sempre é) e imutabilidade (nunca se altera), corresponde à ideia universal de justiça. Trata-se das normas e direitos que já se encontram incorporados na essência/consciência do homem, como o direito à vida, à defesa e à liberdade. Prelecionavam os filósofos gregos que o direito natural se origina do mundo das ideias. Durante o período medieval, esse direito passou a ser entendido e interpretado com a vontade divina, situação que só vai ser mudada no século XVI, do Iluminismo que coloca como fonte do direito natural a razão, o raciocínio lógico. Suas implicações estão entre as discussões da Filosofia do Direito enquanto uma abstração da própria disciplina, uma forma de pensar sobre um tipo de ordenamento ideal. Já o Direito Positivo regulamenta as questões intrínsecas a uma determinada sociedade, portanto é específico, pode até ser que alguma norma seja semelhante a outra de diferente sociedade, mas é

segundo ele, tanto pode como deve ser mantida em virtude de sua “significação genérica, válida para qualquer programa adotado e, portanto, também para quem, como nós, admite o Direito Natural.” (*idem*, p. 20).

Inicia-se esta reflexão por uma menção aos relacionamentos do Direito com a Filosofia. Cumpre pois intuir que a ciência do Direito, além de relacionar-se com a Filosofia, amplia os seus círculos de entrosamentos com disciplinas que lhe são afins, a exemplo da Filosofia Teorética (das possibilidades de desvendar o conhecimento e atribuir-lhe valor), a Sociologia (dos fenômenos sociais, possuidores de uma *raiz psicológica e uma forma histórica* manifestas na convivência entre os seres humanos, e resultantes da atuação dos indivíduos, modificando-se ao longo do tempo e acompanhando as mudanças da sociedade humana. Outras combinações faz a Filosofia do Direito coma Jurisprudência (ciência do Direito positivo), a Metodologia geral e método da Filosofia do Direito. Deste modo, cria-se o espaço metodológico que faz majoritariamente do Direito uma ciência.

1.1. Entre a realidade e o valor

Uma ciência não precisa tão somente de um quadro metodológico, mas deve estar no contexto da realidade e dispor de um valor que lhe é atribuído socialmente. Considere-se a seguir dois aspectos: 1. As atitudes fundamentais do nosso espírito: a) A atitude cega para os

exceção e não regra geral. Entretanto, deriva do Direito Natural e a ele não se sobrepõe.

valores; b). A atitude valorativa; c). A atitude que refere as realidades a valores; e d). A atitude que supera a antítese entre realidade e valor; 2. A posição do direito dentro destas atitudes é a de que “O primeiro acto do espírito consiste em reivindicar o próprio Eu, libertando-o dos dados da experiência, contrapondo aquele a esta, e separando aquilo que é ‘valor’ daquilo que é ‘realidade’” (Radbruch, 1997, p. 39-40).

Cabe um convite à reflexão sobre o que é realidade e o que é valor. A realidade é o fato, o concreto, objetivo, tal qual se apresenta aos sentidos humanos, mas o valor é subjetivo, volátil, multifacetado e multicolorido, mutável, isto é, sujeito às mudanças de estados de espírito (quer individuais ou coletivas, representativas de estratos sociais), às épocas e conceitos. Quando se desenvolve apego a um valor ou a uma escala deles, abraça-se com tanta força a isto a ponto de sufocar, de o sujeito sentir-se transido e cego, incapaz de perceber a realidade. O Direito, na condição de ciência, se posiciona como um contrapeso que absorve as mazelas do pensamento humano e tenta equilibrar-se e conduzir a realidade social dentro de uma visão harmônica e funcional. Entretanto,

A primeira atitude, cega para os valores, constitui, quando metodicamente exercida, a essência do pensamento científico das ciências naturais; a segunda, avalorativa, constitui, quando sistematicamente desenvolvida, a essência da chamada ‘Filosofia dos valores’ (Wertphilosophie) nos três ramos: a Lógica, a Moral e a Estética. (Radbruch, 1997, p. 40).

O fazer-pensar da filosofia em torno do direito e da justiça se encarrega de questionar sobre os princípios lógico-rationais, éticos, históricos e culturais norteadores da ordem jurídica. Miguel Reale opina

que a ciência do Direito se encarrega de estudar “o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo” e o fazer da Filosofia do Direito quer saber das condições e possibilidades para essa concretização, sendo, pois, correto afirmar que “a ciência do Direito é uma forma de conhecimento positivo da realidade social segundo normas ou regras objetivadas, ou seja, tornadas objetivas, no decurso do processo histórico”. A sociedade organizada crê que o direito tem que ser um valor, a ele deve ser atribuído um valor. O direito trata e descreve o fato, diferentemente de como o faz a Sociologia, mas sustentado em algo como deve ser, algo entendido como correto e bom e, não o sendo, arca-se com as consequências, “caso se verifique a ação ou omissão, a obediência à norma ou a sua violação”. (Reale, 2002, p. 17-35).

1.2. Uma reflexão sobre o campo de interesses da Filosofia do Direito

De certo que, para além de reconhecer os relacionamentos existentes entre a ciência do Direito com outros campos do conhecimento humano, é mister também, conhecer e refletir sobre o campo de interesses da Filosofia do Direito. Nada mais seria do que o *corpus* de respostas à pergunta: ¿O que é o direito? - como ensina Morrison (2014), mas não é tão simples e reducionista, tendo-se em conta que, desde a Antiguidade Clássica se pergunta sem que se obtenha uma resposta satisfatória, até mesmo porque a melhor resposta envolveria múltiplos aspectos, como múltiplas são as opiniões e mentalidades. Se alguém pergunta o que é o direito a cada pessoa que estiver por perto, poderá constatar as diferenças e as semelhanças de abordagens, quer entre os leigos, quer entre os doutos da área jurídica. Logo, a impressão era a de

que o positivismo oferecia uma metodologia relativamente simples para se identificar o direito. (Morrison, 2012, p. 8).

Trata-se, portanto, de subjetividades e pontos de vista, muitas vezes repletos de juízos de valor e interesses inconfessáveis. Não por isto a pergunta deverá ser abandonada. ¿E então, o que é o direito? O direito é o correto, o ético, o bom, o decente e o adequado à convivência social. E, do ponto de vista estético, seria o Belo traduzido em um quadro social harmonioso, perfeito. O sentido de liberdade, porém, costuma ser confundido com a permissividade ou o *laissezfaire*.² Cada um tem vontades a satisfazer e objetivos a serem alcançados e, nesse afã, se esquecem do respeito à vontade e aos objetivos alheios, desrespeitando a ordem constituída. Isto, particularmente, cria dificuldades e impasses que podem ser traduzidos na expressão popular: O seu direito termina quando o do outro começa.

Levados por nossa preocupação com a reflexividade, entendemos que, para julgar a qualidade de nossa consciência, precisamos levar em consideração os pressupostos da análise; não apenas entender as diferentes metodologias utilizadas na busca do conhecimento sobre o direito, mas também refletir sobre as diferentes razões pelas quais é

² A principal característica do liberalismo é a defesa do Estado mínimo, ou seja, a ideia de que o Estado deve intervir o mínimo possível, deixando à “mão invisível do mercado” a regulamentação das relações econômicas. Daí advém o lema “laissez faire laissez passer le monde va de lui même” (“deixe fazer, deixe passar, que o mundo caminha por si mesmo”). Para Adam Smith, um dos principais representantes do liberalismo econômico, o soberano (Estado) possui apenas três deveres: a defesa da sociedade contra os inimigos externos, a proteção dos indivíduos contra as ofensas mútuas e a realização de obras públicas que não possam ser realizadas pela iniciativa privada – os quais representam limitações à atuação do ente estatal e que, por isso, devem ser compreendidos como critérios de fiscalização do exercício do poder pela autoridade estatal (Bobbio, 1992).

importante procurar respostas à pergunta sobre o que é o direito. Deparamo-nos também com o problema da contextualidade [...]. (Morrison, 2012, p. 3).

Como visto, Reale (2002) faz distinção entre o tratamento e a descrição do fato, desde a perspectiva do Direito e a da Sociologia, não afirmando ou negando, porém, o relacionamento das duas áreas. O apelo das descrições sociológicas encontra-se distanciado criticamente do material analisado, apresentando como “vantagem das descrições sociológicas sobre as perspectivas daquelas ‘afinadas’ com o processo jurídico” o fato de estar na distância. A ponderação é a de que, “[...] através da sociologia é possível tanto interpretar quanto associar as ideias e percepções subjetivas dos agentes jurídicos no âmbito das descrições contextualmente mais amplas”. E mais, que a possibilidade da sociologia é a de não dispor de “nenhuma base sólida que possa corrigir e (re)posicionar a jurisprudência tradicional de um modo que seja viável uma “interpretação fiel da história do direito”, capaz de oferecer uma resposta à pergunta: ¿O que é o direito? - e a tantos mais questionamentos nessa seara.

A questão da resposta chega à pós-modernidade e mais conflitos se formam, *de facto*, gerando toda uma problemática específica e delicada quanto a se analisar o direito nesse contexto de transformações e turbulências.

O destino do direito contemporâneo reflete essa história de desenvolvimento social. [...] Alguns deram a isso o nome de *juridificação das esferas sociais* (Teubner, 1987). Outros aludem a proliferação de formas de regulamentação jurídica e quase jurídica, e se perguntam se é possível dar algum sentido à infinidade de seus efeitos.

Segundo essa narrativa o direito perdeu sua identidade, rendeu-se a novos deuses: é visto como servo da economia, da política e da utilidade, enquanto exigimos que seja visto como um fenômeno moral. Nunca antes, parece, exigiu-se tanto do direito; nunca antes investiu-se tão pouca autoridade nele. (Morrison, 2012, p. 16-17).

A reflexão de Morrison (2012), acerca de qual a resposta ideal para o que é o direito se alonga por mais de seiscentas páginas. Lá pelo final, o autor surge com uma assertiva que muito contém de significativo para boa parte dessa resposta pela qual se espera desde a Antiguidade Clássica, a de que “o pós-modernismo é a conscientização da inutilidade de qualquer utopia de uma sociedade justa [...]”. O problema é que o destino é a inconcludência: não existe fim”. (Morrison, 2012, p. 621).

2. Teoria da Justiça: um cenário de amplidões

Teoria é um termo de origem grega (theorein) e que significa observar. Isto é dizer pouco quando se trata de ciência. Portanto, pode-se listar mais significados circundantes ao termo teoria, além de observar. Por exemplo: investigar, olhar detidamente, verificar, constatar, e tantos outros. O termo teoria é dito, pelo menos, desde duas perspectivas: a comum, cotidiana; e a comprometida com a ciência, com a intelectualidade, com a investigação científica e com a realidade dos acontecimentos. A teoria tem uma perspectiva filosófica, pois quem teoriza, exercita o raciocínio, a lógica, além do que, necessita de fontes confiáveis para a formulação de postulados e, dentro de uma metodologia e de uma área do conhecimento humano, chegar a um

conjunto de inferências e comprovações, unindo-se, desse modo o que se pensa ao que se pratica.

A teoria da justiça, como todas as outras existentes nos diversos campos do conhecimento, apresenta-se vasta, ainda que, como é característico de teorias, umas dialoguem com as outras, ora combinando as ideias, ora entrando em conflitos no que diz respeito a determinados aspectos e pontos de vista. Do debate teórico emergem as inferências e os resultados, ainda que tímidos, ainda que insipientes. As teorias científicas se têm posicionado “[...] *menos ambiciosas y solo buscan postular hipótesis que puedan explicar de algún modo un determinado grupo de hechos experimentales, sin preocuparse demasiado de si la hipótesis propuesta son realmente verdaderas o no*”.³ (Abril, 1987 p. 4).

2.1. Teorias do Direito

Para Carvalho (2009, p. 67), o direito comporta uma diversidade conceitual variada e as Ciências Jurídicas “não descrevem verdades absolutas, mas pontos de vista, determinados em razão de certos referenciais teóricos, sendo cada uma delas responsável por um objeto próprio”. A autora destaca as concepções modernas do jusnaturalismo; escola da exegese; historicismo; realismo jurídico; positivismo (sociológico e normativo); culturalismo jurídico e pós-positivismo.

O jusnaturalismo, como já foi evidenciado, a teoria mais antiga e que tem como base a compreensão de que, em sua essência, antes do

³ As teorias científicas se têm tornado menos ambiciosas e somente buscam postular hipóteses que possam explicar de algum modo um determinado grupo de experiências, sem se preocupar demasiado se as hipóteses propostas são realmente verdadeiras ou não. (Tradução livre da autora deste artigo).

surgimento do Estado, o homem, naturalmente, por um desígnio divino, carrega em si uma noção do que é o justo, o direito, o correto e, estando na sociedade, “sabe comportar-se nela em razão da existência de um conjunto de ordens tidas como naturais, que regem suas relações inter-subjetivas” (*idem, ibidem*).

Na Antiguidade Clássica, os representantes do jusnaturalismo são Platão, Sócrates e Aristóteles; no período medieval, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino; e, modernamente, Rousseau, Hobbes e Locke, sendo cada um desses filósofos adaptadores e transformadores do entendimento do jusnaturalismo em suas épocas.

Por sua vez, a Escola da Exegese, de origem francesa, surgiu no início do século XIX, enquanto se desenrolava a Revolução Francesa. “O fundamento da Escola da Exegese está na lei escrita. Ela é a única expressão do ‘direito’ que se encontra todo codificado” (*idem*, p. 69) e interpretam o texto legal *ipsis litteris*. A Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha, “na primeira metade do século XIX, como reação política aos ideais burgueses e ao racionalismo de todas as formas, que marcaram a concepção da Escola da Exegese”. Torna-se vigorosa com o pensamento de Savigny e se opõe às bases do jusnaturalismo e ao empirismo exegético, “concebendo o ‘direito’ como um produto da história social, que se fundamenta nos costumes de cada povo e não na racionalização do legislador” (p. 69).

A Escola do Realismo Jurídico, esta da primeira metade do século XX, inicialmente na Escandinávia e nos Estados Unidos, perfilando-se “como uma vertente do sociologismo jurídico (positivismo sociológico), atribuindo um enfoque ‘social’ ao ‘direito’ também voltado para sua efetividade” (p. 70) Distribuiu-se a mencionada Escola

através do realismo jurídico norte-americano e pelo realismo jurídico escandinavo.

Já o Positivismo designa duas tendências epistemológicas, considerando como um ponto comum o “afastamento do ‘direito natural’ e o reconhecimento do ‘direito positivo’ (p. 71) na qualidade de eficiente e eficaz em uma dada sociedade, mas duas abordagens distanciadas da delimitação do conceito de direito. São as Escolas do positivismo sociológico ou positivismo (sociologismo) e do positivismo jurídico. Quando surge o Positivismo, vingam os preceitos da ciência, mesmo considerando-se a sua característica de inconclusão. Segundo, Morrison (2012, p. 381),

A tentativa de justificar o Estado através do direito é vã, uma vez que todo Estado é necessariamente um Estado de direito. O direito, diz o positivismo, nada mais é que uma ordem de compulsão humana. Quanto à justiça ou moralidade dessa ordem, o próprio positivismo nada tem a dizer.

Assim como na literatura, as chamadas escolas ou tendências literárias se sucedem uma após outra, sempre a nova se contrapondo à anterior e nas escolas do direito, também. Portanto, o Culturalismo jurídico vem se opor ao Positivismo “Foi na Escola de Baden, a que se filiaram Lask e Radbruch, que o culturalismo jurídico fincou suas bases” (p.73). Fechando este quadro, vem o Pós-Positivismo, juntando tendências, tanto normativistas quanto culturais. Criticava a “dogmática tradicional (positivismo), à objetividade à objetividade do direito e à neutralidade do intérprete” (p. 74). As teorias do Direito se sucedem, sempre buscando marcar uma posição perante a sociedade e a própria ordem que a institui.

A evolução das teorias mostra a gradação de concepções que se iniciam com o entendimento da naturalidade, passam pelo entronamento do que está registrado em papel e se transforma na sistematização do código, prosseguem trocando as concepções anteriores pela ideia de que o direito é o resultado da história social, aí evadindo-se do racionalismo do legislador. Os rastros andam na direção do realismo jurídico e se subdividem entre o positivismo sociológico e a efetividade do direito.

2.2. *A teoria da justiça de Rawls*

O foco nos estudos de Gargarella (2008, p. 1) gravita em torno da teoria da justiça de John Rawls, asseverando que “as instituições básicas da sociedade [...] não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes: elas devem ser, sobretudo, justas.” Que as instituições básicas da sociedade, além de organizadas e eficientes, sobretudo justas, seria lógico, moral, ético e estético. Entretanto, não apenas a sociedade, mas a humanidade olham em torno de si como se considerassem isto algo utópico. De toda forma, *motu próprio*, nem a sociedade como um todo e nem cada indivíduo, *per se stante*, se organizarão, serão eficientes ou justos. Em função dessa organização, eficiência e justiça trabalha o direito, trabalham os seus agentes. “[...] o intuicionismo⁴ não nos oferece uma boa orientação para distinguir

⁴ “A minha concepção do intuicionismo é algo mais amplo do que a que é corrente: interpreto-o como a doutrina que afirma que há um grupo irreduzível de princípios primordiais que temos de comparar entre si, determinando, reflectidamente, o mais justo equilíbrio entre eles. Uma vez atingido um certo nível de generalidade, o intuicionismo defende que não há um critério construtivo de parâmetro superior para determinar a relevância adequada dos

intuições corretas de incorretas, nem nos esclarece muito como distinguir uma intuição de uma mera impressão ou palpite”. O que se mostra válido, entretanto, é o reconhecimento da “necessidade de reconhecer um ligar importante para nossas intuições, na tarefa de buscar uma teoria sobre a justiça”. (Gargarella, 2008, p. 3).

O ideal de justiça de Rawls seria o da felicidade geral e da equidade, contrapondo-se ao utilitarismo (teoria filosófica, idealizada pelos filósofos e economistas ingleses John Stuart Mill e Jeremy Bentham), que busca interpretar os fundamentos éticos e morais, tomando como baliza inicial as consequências das ações dos indivíduos). Outras teorias e críticas se sucederam ao ideal de Rawls, a exemplo da teoria idealizada por Nozick, que “não se opõe a ideia de igualdade, mas ao estabelecimento de normas que pretendam impô-la”. (Gargarella, 2008, p. 44).

As críticas se orientam para expor a teoria de Rawls como “incapaz de satisfazer plenamente sua inicial promessa igualitária”. O alcance dos objetivos do igualitarismo de Rawls envidaria, dito por ele mesmo, que: as instituições de uma sociedade seriam consideradas justas quando permitissem que a vida das pessoas dependesse de escolha individual autônoma, “e não dos ‘acazos da natureza’ ou das ‘circunstâncias’”; e ainda, que, para a obtenção do objetivo relativo ao alcance da escolha, as instituições deveriam “se orientar para igualar os indivíduos em suas circunstâncias, o que se traduz fundamentalmente em dotar cada um com um conjunto igual de ‘bens primários’; e que a igualdade idealizada não implicasse “uma igualdade absoluta e estrita, uma igualdade imodificável, ‘rígida’. (Gargarella, 2008, p. 63).

diversos princípios da justiça concorrentes.” (John Rawls, Uma Teoria da Justiça, p. 48-49).

A colocação de Gargarella (2008) parece proceder, tenha-se em vista que não é um exercício lógico de fácil entendimento aquele que supõe ser justa uma instituição, *e.g.*, o Estado⁵, que permita ou libere a vida dos sujeitos sociais em função da autonomia de escolha, “e não dos ‘acazos da natureza’ - ou seja, das ‘circunstâncias’ que competem a cada um viver, por ventura ou desventura”; e que para o alcance desta situação as instituições devessem “orientar para igualar os indivíduos em suas circunstâncias, o que se traduz fundamentalmente em dotar cada um com um conjunto igual de ‘bens primários’, o que seria utópico; e que a igualdade assim garantida “não implica uma igualdade absoluta e estrita, uma igualdade imodificável, ‘rígida’”.

Entram em cena, por exemplo, as modificações sugeridas por Dworkin à teoria de Rawls e que postulam “[...] uma concepção liberal igualitária adequada precisa apoiar-se em ideias básicas, muito próximas às defendidas por Rawls”. Portanto, de início, o liberalismo igualitário deve perceber e separar ‘personalidade’ e ‘circunstâncias’ que cercam cada um. Importa reconhecer que o objetivo dessa espécie

⁵ Segundo Habermas, quanto aos direitos fundamentais, ou seja, os direitos subjetivos e os direitos políticos de participação e comunicação, os cidadãos não têm outra opção senão atribuir-se reciprocamente, da perspectiva da socialização horizontal dos autores das normas jurídicas enquanto participantes nos discursos jurídicos, sem a intervenção do sistema político. Esta estratégia de dedução das normas jurídicas constitui um experimento mental, porque os direitos fundamentais, como quaisquer outras leis do ordenamento jurídico, somente podem ser aprovados e sancionados pelas instituições políticas do estado de direito. Isto, evidentemente, requer passar para o nível da socialização vertical, no qual já não são os próprios cidadãos no processo de autolegislação por meio dos discursos práticos que chegam a um consenso racional sobre seus direitos fundamentais, mas os cidadãos envolvidos com as estruturas políticas e jurídicas do estado de direito (Habermas, 1994, p. 166. In, Durão, 2009, p. 119-120). Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n1/08.pdf>» Acesso em: 13 de out. de 2016.

de liberalismo deve ser o da igualdade entre as pessoas inseridas em suas circunstâncias de vida, dessa forma possibilitando aos indivíduos se tornarem

[...] responsáveis pelos resultados de seus gostos e ambições: se alguém, situado em uma posição de relativa igualdade com os demais, decide, por exemplo, empreender uma ação muito arriscada, sabendo das possibilidades de que ela termine mal, então, no caso de um final infeliz em sua empreitada, deve arcar sozinho com o resultado obtido. [...]" (Gargarella, 2008, p. 65).

Estas reflexões acerca da assunção por cada indivíduo social das consequências e penalidades provenientes de atos cometidos remete ao pensamento de que a responsabilidade civil está intimamente ligada ao entendimento da não promoção de dano ao outro. A responsabilidade a cargo das instituições prevê a aplicação de medidas e sanções que obriguem o infrator a reparar o dano causado a alguém que advém da sua ação ou omissão, como em outra parte deste texto anotou-se: “caso se verifique a ação ou omissão, a obediência à norma ou a sua violação. (Reale, 2002, p. 17-35).

3. Feminismo: entre a Filosofia e o discurso do Direito

Até este ponto se desenvolveu uma reflexão acerca dos princípios da Filosofia do Direito e seus relacionamentos sobre a posição do direito entre a realidade e o valor, o campo de interesses da Filosofia do Direito, a Teoria da Justiça e seu cenário de amplidões. A partir daqui, o foco se volta para a conjunção desses aspectos, quando aplicados às questões da ação ou omissão, da obediência à norma ou a sua violação

no que diz respeito ao debate sobre o feminismo na sociedade atual. Engendra-se ainda a esta perspectiva a teoria da hermenêutica clássica e os aspectos éticos do discurso do direito.

A Filosofia tem se ocupado também em focalizar o ser mulher. Em primeiro plano, remonte-se ao filósofo grego, Aristóteles, na Antiguidade Clássica equiparava mulher e escravo. Ainda relacionava a mulher ao fator reprodução da espécie e que só por isto o homem dela precisaria.

§ 6. Esta dupla união do homem com a mulher, do senhor com o escravo, constitui, antes de tudo, a família. Hesíodo disse, com razão, que a primeira família se formou da mulher e do boi feito para a lavra. Com efeito, o boi serve de escravo aos pobres. Assim, naturalmente, a sociedade constituída para prover às necessidades quotidianas é a família, formada daqueles que Carondas chama *homospyens* (tirando o pão da mesma arca), e que Epimênides, de Creta, denomina *homocapiens* (comendo na mesma mangedoura). (Aristóteles, 2010, p. 2).

A simples leitura desta passagem acima, retirada da obra *A Política*, de Aristóteles, é capaz de remeter à indignação ou a um acesso de riso. ¿Por quê? Porque ou indigna-se o leitor em constatar um quadro de uma realidade social em que a mulher “gozava” de tal conceito beirando ao absurdo; ou, no outro extremo, pensando nas conquistas femininas ao longo da civilização, não é para menos a provocação de riso que essas afirmações causam.

Nem por isto, Platão, mestre de Aristóteles, formulava tal conceito sobre a figura feminina. Por ventura e por acaso, o filósofo, sem que o imaginasse, estaria ensaiando passos firmes na direção de inspirar o moderno movimento feminista. Considerando o contexto

vivenciado pelas mulheres atenienses, à época de Platão (século IV a.C.), pode-se aquilatar a reação do filósofo, até mesmo entre os intelectuais mais representativos de Atenas, pois a mulher era “[...] considerada como incapaz para atos jurídicos completos, estava sempre sob a tutela masculina, primeiro de seu pai e depois, na falta deste, de seus parentes masculinos mais próximos (irmão, tio paterno). (Tsuruda, 2008, p. 1-2).

As mulheres de Atenas, não “se mirem nelas”, como na composição de Chico Buarque, posto que eram submissas aos pais, em seguida aos irmãos e, depois ao marido. Novamente, para elas, nessa sucessão de dominações, passavam a servir ao marido como escravas de cama, mesa e banho. Isto, em outras palavras, seria “ser *sui juris*”⁶ ficou sempre excluído para as mulheres, que passavam da tutela da *paterfamilias* à do marido”. (Capella, 2002, p. 64).

A exposição de Capella (2002, p. 54) menciona o processo de democratização ateniense, cerceador da participação social das mulheres e da mão-de-obra escravizada, que há de ter presentes para não incorrer no discurso idílico ao uso sobre as antigas instituições gregas, mas que ensejou “*formas* políticas amplamente divergentes das que são contemporâneas nossa”, impedindo “a *profissionalização* política (teorizada em câmbio por Platão, um dos grandes adversários da democracia, em *A República*)”.

⁶ Significado de *sui juris*: Do seu direito. Dir. Diz-se da pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem. Disponível em:
<http://www.dicionariodelatim.com.br/sui-juris/> Acesso em: 12 de out de 2016.

3.1. As mulheres, o matrimônio e a família

Muito distante da Grécia antiga e das mulheres atenienses, a realidade da evolução das relações sociais provoca, no âmbito do matrimônio, nos dias atuais, a subversão dos padrões e o “[...] desaparecimento dessa crosta ou camada sociológica superveniente [...], e com isso o reajustamento entre o novo direito matrimonial e os factos e realidades de ordem natural que lhe servem de base”. (Radbruch, 1997, p. 293).

O agora referido estudioso vai adiante e assevera que a totalidade da problemática matrimonial e educacional está inserida na evolução conceitual do matrimônio e da família, que passaram de bem estruturadas comunidades (Gemeinschaften),⁷ “[...] somatórios de relações dentro das quais o homem e a mulher, os pais e os filhos, sem mais funções duma actividade econômica a prendê-los entre si, se acham apenas ligados por laços pessoais, psicológicos e fisiológicos”. (Radbruch, 1997, p. 294).

Os estudos de Radbruch completam já três décadas, são datados de um ano antes da promulgação da Carta Cidadã vigente de 1988 (CF/88), e nesse decorrer do tempo, foram muitas as mudanças de conceitos, comportamentos e atitudes relativas ao matrimônio e que encaminham a reflexão por territórios jamais imaginados. A mulher dispõe de espaço garantido para as suas conquistas e direitos na CF/88, tendo em vista que “este instrumento expressa a conquista fundamental

⁷ Alemão - Espanhol - Gemeinschaft pronúncia n. unión (f), relación (f), comunidad (f), comunión (f), colectividad (f), indivisión (f), indiviso (m), mancomunidad (f) Observação: o único dicionário online que oferece a tradução em português apresenta apenas o significado *comunidade*.

Disponível em: «<http://pt.dictionarist.com/Gemeinschaft>». Acesso em: 12 de out de 2016

da igualdade de direitos e de deveres entre homens e mulheres (art.5º, I), até então, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro”.

Del Vecchio (1951, p. 50) tangencia o mesmo tema da família, definindo-a em um quadro formado pelo homem, a mulher, os filhos e, ainda, três criados; é sociedade estabelecida natural e perpetuamente pela natureza, isto é, da união de famílias, surge a aldeia ou a vila e, de várias vilas, o Estado, “único, e, portanto, goza de plena *autonomia*. Para prescindir do Estado, - o indivíduo teria de ser mais ou menos do que homem: um deus ou um bruto”.

3.2. *Concepções familiares contemporâneas*

No pós Constituição Federal de 1988, além de inúmeras mudanças, entram em cena as concepções familiares contemporâneas, incluindo o casamento homoafetivo. Um novo fator é a inserção do princípio da igualdade entre homem e mulher que ampliou e reconceituou a noção de família, adquirindo interpretações inéditas, conferindo, indistintamente aos seus integrantes a proteção igualitária que se alargou sobre a família “matrimonializada, tutelando até mesmo a união estável, a família monoparental e estabeleceu a igualdade entre filhos legítimos ou ilegítimos, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.” (Silvestre, Figueiredo, 2013, p. 4).

A evolução do casamento e a concepção de família nos moldes tradicionais têm alterado a legislação, como está previsto na Carta Magna, em seu Artigo 226.⁸ Do ponto de vista dos direitos civis,

⁸ Art. 226. *A família*, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O *casamento* é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,

A CF/88 considera a família como base da sociedade garantindo-lhe especial proteção do Estado (art. 226). *Avança na conceituação dessa instituição, apontando para o reconhecimento de diversos tipos de família*, constituídas: pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher (art. 226, parágrafo 3º); e por qualquer um dos cônjuges e suas/seus filhas (art. 226, parágrafo 4o). Dispõe explicitamente que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, parágrafo 5o), acabando com a posição superior e de chefia, atribuída legalmente ao homem na sociedade conjugal. (Rodrigues, Cortês, 2006, p.16)

Aliado a isto, a modernidade, desde o século XX do pós-Segunda Guerra, quando a mulher alcança o direito ao voto, avança celeremente por novos caminhos, perspectivas e comportamentos, como anota

devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento). § 4º Entende-se, também, como *entidade familiar* a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à *sociedade conjugal* são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento. § 8º O Estado assegurará a *assistência à família* na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Capella (2002, p. 98): “Uma parte do desconcerto das pessoas de sexo masculino em seu papel de ‘homens’ em um mundo em que as mulheres” conquistam, passo a passo, “a igualdade jurídica e política, a igualdade social, se deve a que as relações de *lealdade e deslealdade* podem ser finalmente recíprocas”. A deslealdade, no século XXI, da informação, do avanço da comunicação e da era digital, navega por espaços impensados e reflexos sobre a organização familiar e o matrimônio.

A discriminação e o preconceito estão presentes no cotidiano social, quer por motivos morais, sociais, de raça, de gênero ou outros. A mulher, especialmente, tem sido uma vítima constante do machismo (que se entende equivocadamente uma contraposição ao feminismo), da violência doméstica, do escárnio e do crime passional. O mundo do trabalho tem uma história de rejeição e exclusão da mulher, principalmente porque procria, ou seja, “As mulheres ficam excluídas também naturalmente de alguns aspectos do trabalho em certos lapsos temporais que têm a ver com o nascimento e a criação dos filhos” (Capella, 2002, p. 29). Além desse aspecto, havia e ainda há reclamações de empregadores pelas faltas da mulher que padece de cólicas menstruais, por estes e outros motivos, a mulher, em alguns casos, percebe salário inferior ao do homem.

Capella ainda observa o patriarcado como “um princípio estruturador da sociedade que incide, sem dúvida, na divisão do trabalho”. A antiga estrutura social patriarcalista tem tentado permanecer de alguma maneira em formas culturais as mais diversas. Em todo caso, é aquele sistema que atribui, por um lado, às mulheres “o trabalho doméstico e aos homens o trabalho externo à casa (o trabalho agrícola, inicialmente). [...] de outra parte, as mulheres sempre

dividiram com os homens, em sociedades agrárias, o trabalho não-doméstico de colheita, entre outros”. (Capella, 2002, p. 33)

Na prática, em geral, fora exceções como a do trabalho em sociedades agrárias, no contexto da realidade, o homem e a própria sociedade não se cansam de lutar para que a Mulher seja aquela de Aristóteles, aquela de Atenas.

Sobre o aspecto valor, reconhece-se, pelo menos teoricamente, que a Justiça e as políticas públicas modernas tentam garantir as lutas feministas e de outros grupos historicamente excluídos, como o são o dos negros, dos diferentes de alguma maneira, e o das mulheres. Por tais razões, logrou-se, através das lutas, até a atualidade, celebrar uma espécie de “[...] acordo substancial’ no qual se convencionou que brancos e negros, homens e mulheres são seres humanos e dignos de um tratamento igualitário”. O avanço das conquistas resultantes da participação popular têm demonstrado que a maioria das pessoas “tenderia a considerar inaceitável uma norma que, por exemplo, defendesse que brancos e negros não podem estudar na mesma universidade ou compartilhar os transportes públicos”. (Gargarella, 2008, p. 29)

Muito acertadamente Gargarella (2008) dispõe acerca da questão das exceções importantes, pois, mesmo numa estatística ainda insignificante, nota-se que negros têm conquistado bravamente alguns direitos e conseguido alçar posições consideráveis no mundo do trabalho, inclusive passando a ocupar cargos importantes na esfera pública, não sem que, amiudadamente sejam alvo de constrangimentos por parte dos brancos, quer bem situados economicamente ou não. Os brancos pobres fazem da cor clara da pele uma espécie de tesouro que lhes “garante” direitos muito especiais. Gargarella ainda aponta críticas

questionadoras do isolamento dos indivíduos, agindo e pensando solitariamente, individualmente e, concomitante e egoisticamente, pensando pelos outros. Há os críticos defensores da “posição original” encoberta pelo “véu de ignorância” sugerida por Rawls; menciona ainda outro tipo de crítica, “de origem diferente das anteriores, e formulada também por autoras próximas ao feminismo”. Nesse caso, remete a um tipo de crítica “às pretensas virtudes da ‘posição original’ como ferramenta epistémica”, como ferramenta capaz de nos ajudara conhecer e tratar de modo apropriado os pontos de vista dos demais”. (Gargarella, 2008, p. 100).

Carla Faralli (2002) se utilizou do *Critical Legal Studies* (CLS),⁹ uma teoria estadunidense, dos anos 70, mas com raízes na década de 60, detentora de uma visão crítica radical do liberalismo defendido nessa época, bem como o movimento feminista que abordava os

⁹ Estudos Legais Críticos (ELS) é uma teoria dos anos 70, mas com raízes na década de 60, que desafia e derruba normas aceitas em teoria e prática legal. Os defensores desta teoria acreditam que a lógica e a estrutura atribuída à lei crescem fora das relações de poder da sociedade. A partir da releitura das teorias marxistas, do realismo norte-americano e do desconstrutivismo de Derrida, os responsáveis pelos consideram o direito irracional, incoerente e injusto, além do que impede, cerceia o desenvolvimento de uma leitura crítica. Na verdade, a lei existe e é criada para apoiar os interesses do partido, trata-se de um conjunto de crenças e preconceitos que legitimam as injustiças da sociedade. Os ricos e os poderosos usam a lei como um instrumento de opressão a fim de manter o seu lugar na hierarquia. A ideia básica dos ELC é que a lei é política, não é neutra e nem livre de valores. Muitos no movimento ELS desejam derrubar as estruturas hierárquicas de dominação na sociedade moderna e muitos deles têm-se centrado sobre a lei como uma ferramenta para alcançar este objetivo. Os ELC representam também uma organização que procura promover a sua própria causa e dos seus membros. Disponível em: «https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory». Acesso em: 18 de out de 2016.

preceitos jurídicos dos direitos da mulher. Indo mais a fundo com a sua crítica, Faralli acusa o Direito de ser sexista, masculino, sexuado e discriminador da mulher. A autora entende e defende o pensamento de que, ao mesmo tempo, o chamamento à regra/norma mantém o *status quo*, ou seja, entroniza o conservadorismo, mas, em contrapartida, é o fato concreto que abre espaços na direção da mudança social.

4. O cenário do feminismo

O atual cenário do feminismo tem nas cores do seu quadro histórias de lutas e movimentos iniciados por mulheres resolvidas a se revoltarem contra tirania da sociedade, subjugação, sofrimento, escravização familiar e no trabalho, e violência.

A evolução da história do Ocidente é pontuada de mulheres “que se rebelaram contra sua condição, que lutaram por liberdade e muitas vezes pagaram com suas próprias vidas”. O exemplo do Tribunal da Inquisição da Igreja Católica que punia severamente quem fosse contrário aos rígidos princípios por ela pregados serve de referência do terrorismo psicológico aplicado às mulheres. O primeiro grande movimento feminista europeu ocorreu nos finais do século XIX, inicialmente na Inglaterra, quando as mulheres¹⁰ do Reino Unido conquistaram o direito ao voto em 1918.

No Brasil, lideradas por Bertha Lutz, bióloga, cientista, iniciou a luta pela obtenção do direito ao voto, o que se concretizou em 1932, da

¹⁰ As inglesas pertencentes a esse movimento inovador ficaram conhecidas como sufragetes, porque queriam o direito ao sufrágio (voto). O movimento para as mulheres obterem direito ao voto começou em 1897, quando Millicent Fawcett fundou, na União Gabinete Nacional do Sufrágio Feminino.

promulgação do Novo Código Eleitoral brasileiro (Pinto, 2010, p. 15-16).

A movimentação das mulheres em torno da conquista de direitos não ficou somente no voto, mas, aos poucos, foi se espalhando por outras pautas que circundam toda e qualquer manifestação de desigualdade social: de gênero, de direitos humanos, das exigências por políticas públicas específicas, na política e seus processos eletivos.

A história das lutas sociais modernas foi [...] a história de uma luta de conquista de direitos por parte dos setores sociais excluídos deles. Os trabalhadores assalariados da indústria e os serviços, as mulheres, os jovens e camponeses quase nunca obtiveram sem mais, a diferença das classes proprietárias, os direitos da cidadania. (Capella, 2002 p. 118-119).

Outras datas marcam a trajetória da mulher brasileira em busca de ocupar uma posição justa e igualitária na sociedade. No ano de 1827 é editada a primeira lei sobre educação das mulheres nas escolas elementares; em 1879, o governo autoriza a mulher no ensino superior; em 1885, *Chiquinha Gonzaga* regia a opereta “A Corte na Roça”. O ano de 1887 foi o da formatura da primeira médica no Brasil, *Rita Lobato Velho*. Marcou o ano de 1932 a promulgação do novo Código Eleitoral, no alvorecer da Era Vargas, garantindo o direito de voto às mulheres brasileiras. Ao longo do tempo, mais mulheres alcançaram posições importantes, como são os casos de Nélida Piñon, a primeira a ocupar a presidência da Academia Brasileira de Letras (1996). Em 1998, a senadora *Benedita da Silva* é a primeira mulher a presidir a sessão do Congresso Nacional e em 2010, *Dilma Vana Rousseff*, é eleita a primeira presidente do Brasil.

O Estado Democrático de Direito, consagrado em nossa Constituição Federal, assegura a igualdade material entre toda as cidadãs e cidadãos, sem exclusões, e prevendo o desenvolvimento de sua personalidade. Frise-se quanto ao esforço das mulheres e da Câmara dos Deputados no sentido da criação de “condições objetivas favoráveis a sua emancipação frente a uma herança histórica de subordinação”, o que se coaduna ao conceito de Estado de Direito Democrático. (Brasil, s/d).

4.1. A mulher moderna: feminina, feminista e cidadã

Quem é a mulher moderna? É aquela que, paulatinamente, se reconhece feminina, feminista e cidadã? Há nisto todo um conflito, pois a mentalidade feminina se mostra complexa, multifacetada. Uma mulher pode se assumir feminina, mas em algum recanto de seu ser, vozes lutam e a conclamam para a defesa daquilo que compreende seus direitos. Uma mulher pode dizer-se tão somente feminista, entretanto, contrai matrimônio e se torna mãe, forma-se aí o dilema da divisão entre o lar, a família, o trabalho e a participação social em causas feministas. Nesse instante também pode aflorar a mulher de Atenas, dedicada ao marido e, pelo que chama de amor, a ele se subordina.

A mulher, desde a juventude, é privada (por alguns motivos como a pobreza e a luta pela sobrevivência), de seguir uma carreira profissional; mais tarde, exercendo papéis domésticos, esbarra com nova barreira de imposições e cobranças na sua direção e, igualmente, anula-se, dilacera a personalidade.

E quanto a ser mulher e cidadã? Difícil ensaiar uma resposta tendo em vista a situação em que se encontra uma legião de mulheres. De discriminação, de exposição do corpo, de ingerências sobre seu

modo de pensar e de agir e sobre também de como se veste ou se comporta. Há sempre alguém “legislando” sobre a mulher, ainda que a CF em vigor lhe assegure a igualdade e a cidadania.

4.2. Hermenêutica, discurso, ética: interpretando a realidade da mulher

É muito comum que, tanto leigos quanto doutos em Direito se pronunciem dizendo que a hermenêutica é a interpretação do texto jurídico. Acontece que, interpretação, do latim *interpretare*, aprofundar-se em busca dos sentidos das palavras, das frases, dos textos em geral. *Interpretare* ou *interpenetrare*, àquela época da Roma Antiga, era usado para referir-se à prática de feiticeiros de afundarem as mãos, no ventre dos animais sacrificados, com o intuito da predição do futuro e a obtenção das respostas aos questionamentos humanos. A palavra entrou para a língua portuguesa com a perspectiva de extrair, retirar, esclarecer o sentido da palavra no contexto, ou, juridicamente, extrair o significado ou os significados da norma.

A palavra hermenêutica se origina do idioma grego, do termo (*hermeneia*), e ressalta os dons mitológicos atribuídos ao Deus-alado Hermes, responsável pela mediação do diálogo entre deuses e homens. Hermes, filho de Zeus, era o mensageiro dos deuses, e atuava como intérprete das mensagens que eram direcionadas aos humanos, isto porque a especial linguagem dos deuses não era compreendida pelos comuns mortais. Daí a hermenêutica ter recebido o significado de facilitadora da compreensão (Soares, 2009, p. 73-74). Metaforicamente até se poderia ver nisso uma analogia em que os deuses seriam os agentes da justiça que precisam se fazer entender aos que dela precisam ou por ela chamam. Enfeixando, diga-se que “a hermenêutica jurídica

tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance da norma”. (Maximiliano, 2003, p. 1).

Frise-se, entretanto, que a hermenêutica é regida por regras e princípios e que

[...] o caráter sistemático dos códigos de direito privado se acha em relação estreita com o sistema de tribunais e a hermenêutica jurídica. Em torno aos códigos se cria um corpo de doutrina hermenêutico específico, o qual não somente os faz fiáveis senão que possibilita uma dose de flexibilidade muito elevada. (Capella, 2002, p. 137).

O mesmo Capella focaliza o problema da distinção social, na Espanha, onde a “modernidade processual penal ficou desativada desde o princípio pela incapacidade do Estado para implantá-la solidamente em seu próprio aparelho repressivo - começando pela Guarda Civil -, e pela inevitável hermenêutica jurídica, classista neste caso”. Esse autor trata das questões feministas, tanto do trabalho, quanto da sexualidade, preconceitos e pré-conceitos contra a mulher.

O discurso, tanto quanto a hermenêutica são objetos de estudo de inúmeros cientistas, tanto do Direito quanto da ciência da Linguagem, esta auxiliada pelas da mente humana e seus mecanismos de cognição e logicidade argumentativa. Para Soares, a hermenêutica jurídica contemporânea se inclina, pois, para a superação do tradicional subjetivismo, em favor de um novo entendimento do objetivismo -, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica (2016). O esquema da coordenação comunicativa da ação social proposto por Habermas se mostra excelente método de crítica e da análise comunicativa das ações sociais reais, efetivas, e,

inclusive de redeterminação significativa do agir socialmente, mas pode oferecer resultado a dificuldade de se adotar como guia dessas práticas por sua elevada exigência de racionalidade comunicativa (o que significa o exercício da lógica matemática), como foi repetidamente reprovado pelo mesmo Habermas. No contexto real da sociedade, a realização da ação comunicativa é sumamente rara, o que reconheceu Habermas. Importante mesmo é que essa ação social real se aproxime, pouco a pouco de seu modelo ético e racional, quer em determinadas condições e sob determinados requisitos, a isto se chama ética do discurso, que Habermas retomou de vários autores, sobre tudo de Apel (este considerava a ética do discurso uma responsabilidade, uma retomada do pensamento transformador pós-metafísica da ética kantiana). (Campos, s/d).

Habermas, pesquisando sobre as diversas concepções do direito subjetivo, postula a racionalidade comunicativa como uma via para a objetivação das questões atinentes ao princípio da democracia e a legitimidade do direito, incluindo a própria legalidade e tomando como ponto de partida a teoria discursiva (da linguagem, da metalinguística) do direito. Dessa maneira, o filósofo da Escola de Frankfurt, (re)significa a racionalidade, distanciando-se da razão instrumental e aproximando-se da razão comunicativa.

Para comunicar mensagens a uma plateia e compartilhar ideias, quer na oralidade ou na escrita, para emitir pontos de vista com algum fundamento e para que a defesa de argumentos construídos cientificamente apresentem as ideias de modo claro, correto, coeso, coerente e harmonioso, é indispensável ao comunicador o domínio da linguagem lógica, bem estruturada, do conhecimento das entranhas da sintaxe e outros aspectos gramaticais e estilísticos.

Para além da cognição,¹¹ das leis da sintaxe, da harmonia do todo textual, e das palavras, seus sentidos e significados, cabe inquirir se

[...] é possível reduzir o dissenso a respeito da correta aplicação de uma regra a identidade do seu significado para os participantes? Ao introduzir um jogo metalinguístico, Habermas evidencia o problema de que o dissenso a respeito da correta aplicação de uma regra pode ter, ao menos, dois motivos: a regra não tem um significado idêntico para a “A” e “B” (o que se evidencia na situação (S), em que “B” faria diferente de “A”) ou entre “A” e “B” subsiste um dissenso a respeito da correta aplicação da regra em uma situação (S). (Günther, 2004, p. 154).

Afere-se, neste sentido, que a teoria da ação comunicativa, cuja matriz é o consenso, visivelmente ainda não se aplica na maioria das situações concretas, a exemplo da letra da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006 de 07/08/2006, que a todo o momento é violada ou até mesmo mal interpretada *ex vi* do seu art. 2º em que nem toda mulher,

¹¹ Apesar de problematizar a noção de complementaridade entre mundo da vida e agir comunicativo em seus escritos mais recentes, Habermas mantém certo paradoxo inerente à formulação original de Lebensform em Wittgenstein: procura superar o caráter restrito das formas de vida particulares, e específicas com a universalidade da linguagem, ela mesma quase que uma abordagem a-histórica da linguagem. Igualmente, com a noção de saber pré-teórico (Knowhow), Habermas parece não estar distante de Wittgenstein. A intenção na abordagem é que parece distingui-los: em nome desse saber pré/ante, Wittgenstein negou a possibilidade de teorização a respeito, “, e Habermas, em busca das condições de possibilidade desse saber, teoriza sempre mais. Desde essa perspectiva crítica da filosofia de Habermas, o agir (Handeln), para além de diferentes formas de vida, não está fundamentado num nível transcendental nem num nível empírico de jogos de linguagem: não se trata bem de um agir comunicativo, pois ele não pode ser fundamento dele mesmo como originário, quer dizer, se é pré, não pode ser linguagem, essa já é resultado do processamento de nossas faculdades cognitivas. (Martins, 2010, p. 103).

independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Nem sempre lhe são asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, que lhe preservem sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Mais adiante em seu art. 3º pode-se indagar se efetivamente são “assegurados às mulheres [...] o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito [...]”.

Retoma-se em linha muito fina a questão da ética do discurso, merecedora de estudos específicos tamanha a sua complexidade, tanto para argumentar sobre o espírito maldoso e constrangedor de argumentações sociais a respeito da comunicação das mensagens (como o fazia o mensageiro Hermes, da mitologia grega), quanto interpretá-las à luz da Justiça, quando tais comunicações/interpretações se reportam aos grupos minoritários, incluindo, em especial, a mulher. Só para ilustrar, em pleno século XXI, a sociedade acusa a mulher de ser culpada pelo estupro que sofre, quer físico, moral, ou ético, através de um discurso machista.

Um exemplo recente, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, diz respeito ao crime de estupro por um “beijo roubado”. No caso concreto o STJ reconsiderou decisão de Tribunal de Justiça que absolveu o acusado por desconsiderar um “beijo roubado” como estupro. Observe-se:

Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a corte de origem entendeu que o ato não passou de um beijo roubado, tendo em vista a combinação tempo do ato mais

negativa da vítima em conceder o beijo’, comentou Schietti. Segundo o ministro, a prevalência desse pensamento ‘ruboriza o Judiciário e não pode ser tolerada’. Ele classificou a fundamentação do acórdão do TJMT como ‘mera retórica’ para afastar a aplicação do artigo 213 do Código Penal, pois todos os elementos caracterizadores do delito de estupro estão presentes no caso: a satisfação da lascívia, devidamente demonstrada, aliada ao constrangimento violento sofrido pela vítima, revela a vontade do réu de ofender a dignidade sexual da vítima. Os demais ministros da Sexta Turma acompanharam o voto do relator. O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.¹²

Considerações finais

Direito e Filosofia se relacionam assim como todo o produto do conhecimento humano que provém do ato de pensar e de pensar sobre o pensar. A ciência tanto pergunta quanto se repergunta, mesmo sabendo os cientistas não haver respostas escondidas em algum lugar no mundo das ideias platônicas.

Por certo, o campo de interesses da Filosofia do Direito mantém diálogos distintos a depender da ciência. Com a sociologia, houve quem criticasse, mas, parece-nos muito claro que o intercâmbio entre essa ciência e o Direito é legítimo, mesmo porque a Sociologia é uma ciência que perpassa o conteúdo geral das ciências, e interliga os indivíduos e suas relações em grupos sociais.

¹² “Estupro: restabelecida pena de jovem absolvido por ‘beijo roubado’.” Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Sexta-Turma-cassa-decis%C3%A3o-que-considerou-estupro-como-se-fosse-beijo-roubado. Acesso em 19. out. 2016.

As teorias do Direito conjugam todo o arcabouço teórico e prático da ciência e avançam pelos distintos momentos da civilização, dela recebendo mensagens, à semelhança do mensageiro mitológico, Hermes; e agregam ao próprio fazer e saber do Direito as experiências em função do Bom, do Bem e do Belo social.

Acredita-se que o Direito trata e descreve o fato, e quem sim, o tratamento difere da Sociologia, mas não a invalida em seu relacionamento com a ciência da legalidade, mas como afirmamos em uma só voz com aquele jurista, deve o Direito sustentar-se na ideia de algo como deve ou precisa ser, e que esse algo seja compreendido e interpretado como correto e bom e, não o sendo, cada cidadão deve arcar com as consequências de seus atos, no caso de ação ou omissão que colida com o ordenamento jurídico.

A mulher, o matrimônio e a família, tanto nos moldes tradicionais quanto nos modernos, dependem das compreensões do Direito, da Sociologia, da Psicologia, da História e dos estudos da linguagem e do discurso para que os relacionamentos se processem harmoniosamente entre todos, homens, mulheres e as novas identidades de gênero ou orientação sexual.

Infere-se, dessa forma, que o Direito precisará continuar a examinar suas teorias, suas práticas e leituras interpretativas da vida e da Lei propriamente dita, buscando retirar-lhes os sentidos e significados do ser humano contribuindo para o bem-estar social.

REFERÊNCIAS

Abril, Eduardo R. *Significado de las Teorias Científicas*. Academia Nacional de Ciências. Miscelânea nº 76. Cordoba, 1987. p.4. Disponível em:

- <http://www.anc-argentina.org.ar/descargas/publicaciones/miscelaneas/misc76.pdf> Acesso em: 12 out. 2016.
- Aristóteles. *A Política*. In Coleção Livros que Mudaram o Mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sociologianomedio.files.wordpress.com/2014/03/aristoteles-a-politica-livro-i.pdf>. Acesso em 12 out. 2016. p. 2
- Bleicher, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1980.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- Brasil, Senado Federal. Disponível em:
«http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituinte-e-as-mulheres». Acesso em 15 out. 2016.
- _____, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Disponível em: «http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Sexta-Turma-cassa-decis%C3%A3o-que-considerou-estupro-como-se-fosse-beijo-roubado». Acesso em 19. Out. 2016.
- Campos, Arturo Berumem. *La ética Del Discurso Jurídico*. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art2.pdf>Acesso em 09 dez. 2016.
- Capella, Juan Ramon. *Fruto Proibido: Uma Aproximação Histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2002.
- Carvalho, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito - O constructivismo Lógico-semântico*. Tese de doutorado. PUC/SP, 2009. Disponível em: [.http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf). Acesso em 13 out. 2016.
- Del Vecchio, Giórgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editor Armênio Amado, 1951.

- Faralli, Carla. *A Filosofia Contemporânea do direito*. Temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. Martins Fontes. São Paulo, 2006.
- Gargarella, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Günther, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz; introdução à edição brasileira por Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- Martins, Clélia Aparecida. *Sobre jogo de linguagem: Habermas e Wittgenstein*. Revista de Filosofia Vol. 35 Núm. 2 (2010): 91-104. P. 103. Disponível em:
<https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF1010220091A/8839>. Acesso em: 10 de out de 2016.
- Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.
- Morrison, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*/ Wayne Morrison; Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Guido Sá Leitão Rios. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Pinto, Céli Regina Jardim. *Feminismo, história e poder*. In Revista de Sociologia e Política. Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.
- Radbruch, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado - Editor, 1997.
- Reale, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Rodrigues, Almira (Org.), Cortês, Iáris (Org.) *OS Direitos das Mulheres na Legislação brasileira pós-constituente Legislação (Federal, Estadual E Municipal) sobre direitos das mulheres a partir da Constituição de 1988*. Secretaria de Política Social para as Mulheres. Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea). Brasília: Letras Livres, 2006. 128p. Disponível em:

«file:///C:/Users/Usuario/Downloads/legislacao_pos_constituinte.pdf». 16. Acesso em 13 out 2016.

Silvestre, Edenilse Espindola; Figueiredo, Claudia Regina Althoff. *O casamento Homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 294-314, 3º Trimestre de 2013. Disponível em:

<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientificaricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/893/edenilse-e-claudia.pdf>. Acesso em 13 out. 2016.

Soares, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009.

Tsuruda, Amalia Longo. *A Crítica Erudita Frente ao Problema do Feminino no Pensamento de Platão Maria*. Notandum Libro 10 CEMOROC-Feusp. IJI-Universidade do Porto, 2008. Disponível em:

«http://www.hottopos.com/notand_lib_10/amalia.pdf». Acesso em: 12 out. 2016.