

2018

# ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

MÓDULO VII

MATERIAL DE APRENDIZAJE





# ÍNDICE DE LOS CONTENIDOS

## INTRODUCCIÓN

### UNIDAD DIDACTICA 1

#### UNA APROXIMACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

- 1.1. Introducción
- 1.2. Una aproximación a la definición de argumentación jurídica
- 1.3. Contexto del descubrimiento y de la justificación
- 1.4. Las razones explicativas y las razones justificativas
- 1.5. Concepciones de la argumentación jurídica
  - 1.5.1. Formal
  - 1.5.2. Material
  - 1.5.3. Pragmática

### UNIDAD DIDACTICA 2

#### TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

- 2.1. Introducción.
- 2.2. La teoría de la argumentación jurídica: Una aproximación a su definición
- 2.3. La utilidad de la teoría de la argumentación jurídica
- 2.4. Las teorías de la argumentación jurídica
  - 2.4.1. Teoría del logos de lo razonable: Luis RecansésSiches
  - 2.3.2 La tónica de Theodor Viehweg
  - 2.3.3. Perelman y la nueva retórica
  - 2.3.4. La lógica informal de Toulmin
  - 2.3.5. La teoría estándar de la argumentación jurídica. Robert Alexy y MacCormick
    - 2.3.5.1. La teoría integradora de MacCormick
    - 2.3.5.2. La teoría jurídica como discurso racional: Robert Alexy
  - 2.3.6. Las críticas de Atienza a la teoría estándar de la argumentación jurídica y su proyecto de una teoría de la argumentación jurídica
  - 2.3.7. A manera de reflexión

### UNIDAD DIDACTICA 3

#### LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

- 3.1. Introducción
- 3.2. La justificación interna y externa de las resoluciones
  - 3.2.1. Justificación interna o de primer orden
    - 3.2.1.1. Los problemas que se presentan en los casos difíciles
      - A. Problemas de relevancia
      - B. Problemas de interpretación
      - C. Problemas de prueba
      - D. Problemas de calificación



- 3.2.1.2. Recapitulación
- 3.2.1.3. El principio de universalidad
- 3.2.2. Justificación externa o de segundo orden
  - 3.2.1. Principio de consistencia
  - 3.2.2.2. Principio de coherencia
  - 3.2.2.3. Argumentación consecuencialista
  - 3.2.2.4. Recapitulación
- 3.3. Criterios para considerar en la construcción plural de la argumentación jurídica, a partir de las características de nuestro modelo de Estado.
  - 3.3.1. Criterios desde el carácter constitucional del Estado
  - 3.3.2. Criterios desde el carácter plurinacional, intercultural y comunitario de nuestro Estado
- 3.4. Hacia una reconstrucción práctica de la argumentación jurídica sobre la base de las teorías estudiadas y las características de nuestro modelo Estado

#### **UNIDAD DIDACTICA 4**

#### **FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

- 4.1. La estrecha vinculación entre la argumentación y la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales
- 4.2. La distinción entre fundamentación y motivación
- 4.3. Algunas precisiones respecto al término motivación a la luz del contexto de descubrimiento y justificación
- 4.4. La fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales como parte del derecho-garantía al debido proceso
  - 4.4.1. Los estándares del sistema universal e interamericano sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones
  - 4.4.2. El derecho a la debida motivación y fundamentación de las sentencias en el ámbito interno
- 4.5. Los componentes básicos de la fundamentación y motivación de las resoluciones
  - a. Razonabilidad
  - b. Congruencia
  - c. Claridad y sencillez
  - d. Interdicción de la arbitrariedad



## INTRODUCCION

El Módulo está dividido en cuatro unidades didácticas, en los cuales iremos progresivamente acercándonos a la argumentación jurídica y a las teorías existentes, para luego contextualizarlas en nuestro sistema constitucional y las funciones de las futuras y futuros jueces, construyendo una metodología propia que permita elaborar decisiones judiciales que contengan la debida justificación interna y externa, atendiendo a las características de nuestro modelo constitucional.

En la primera unidad didáctica, se avanza hacia una aproximación a la argumentación jurídica, tocando definiciones fundamentales que permitirán comprender los temas posteriores del Módulo; así, se efectúa una definición general de argumentación, y se anotan las diferentes concepciones de la misma.

La segunda unidad didáctica está destinada al estudio de la teoría de la argumentación jurídica, otorgando una definición sobre la misma y analizando sus elementos y su utilidad en la función judicial. Posteriormente, se efectúa un breve repaso por las más importantes teorías de la argumentación jurídica desde la década del 50 del siglo pasado, hasta llegar a la teoría estándar de la argumentación jurídica y los aportes de Manuel Atienza.

En la tercera unidad didáctica se desarrollan los aspectos más importantes de la argumentación jurídica desde la perspectiva judicial. Así, se analiza la justificación interna y externa de las decisiones judiciales a partir de la teoría estándar de la argumentación jurídica, se contextualiza dicha justificación con las particularidades de nuestro modelo de Estado, y se propone un proceso argumentativo propio para dar certeza y racionalidad a las resoluciones judiciales.

El cuarto tema, referido a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, está íntimamente vinculado con la argumentación jurídica y con la justificación de la premisa normativa y la fáctica. En ese sentido, el tema se constituye en una conclusión de todos los aspectos estudiados, en el que además se establece la importancia de la fundamentación y motivación de las resoluciones, y se generan criterios para diferenciar ambas actividades judiciales.



## **Propósitos del Módulo**

### **Propósito formativo general:**

Promover la elaboración de futuras decisiones judiciales debidamente fundamentadas y motivadas, utilizando una adecuada técnica de argumentación jurídica, con la suficiente justificación interna y externa.

### **Propósitos formativos específicos:**

- Comprender la importancia de la argumentación jurídica, la motivación y fundamentación de las resoluciones en el ejercicio de la función judicial, en el marco de nuestro modelo constitucional.
- Aplicar técnicas de argumentación jurídica con suficiente justificación interna y externa.



# UNIDAD DIDÁCTICA 1

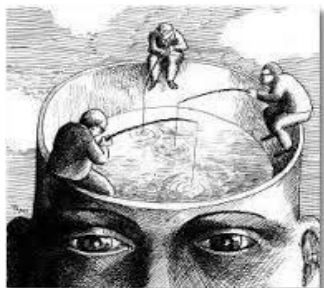
## UNA APROXIMACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 1.2. Introducción

Se ha señalado en el Módulo Interpretación constitucional y legal que las características de nuestro modelo de Estado, exigen que la labor de los jueces tenga una sólida argumentación jurídica para un desarrollo coherente y respetuoso de los valores y principios constitucionales; pues se reitera, la ley ya no es el único parámetro para la validez de sus resoluciones, sino su conformidad con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, la capacidad argumentativa de las y los jueces, marca el límite entre una decisión arbitraria y una decisión adecuadamente justificada, así como la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es; pues el primero, otorgará buenas razones a favor de una forma de aplicar el Derecho<sup>1</sup>. Por ello, es indispensable, en la presente unidad, que nos aproximemos a una definición de argumentación jurídica, analizando las diferentes concepciones sobre la misma.

### 1.2. Una aproximación a la definición de argumentación jurídica



El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define argumentar como aducir, alegar, poner argumentos y en ese sentido, argumentar implica otorgar razones respecto a una decisión, posición o conclusión. En la vida diaria, todos los seres humanos argumentamos y efectuamos un balance de los argumentos en contra o a favor de una u otra decisión, para finalmente tomar partido por aquella que resulte más razonable.

Así, la decisión, por ejemplo de ingresar a la Escuela de Jueces para desarrollar el Curso de Formación Inicial, ha estado precedida de una ponderación de los argumentos en contra y a favor, en la que se consideraron aspectos, laborales, familiares, económicos, entre otros; argumentos que fueron desarrollados por ustedes, en su fuero interno, y en muchos casos, compartidos con sus familiares, con la finalidad de asumir una decisión sobre su ingreso a la Escuela.

Partiendo de la definición de argumentación antes referida, se puede señalar que **argumentar jurídicamente consiste en dar razones para la justificación de una decisión vinculada al ámbito jurídico**. De donde se desprende que decidir no es lo mismo

<sup>1</sup> García Figueroa, Alonso, *op. cit.*, p. 49.

que argumentar: “los argumentos, no son las decisiones sino las razones –o cierto tipo de razones-que pueden darse en favor de las decisiones”<sup>2</sup>.

Esta definición aproximada de argumentación jurídica, como se observa, no se limita al ámbito de la decisión judicial, pues se entiende que los procesos argumentativos jurídicos pueden ser utilizados desde diferentes instancias y órganos y no únicamente desde el ámbito judicial, aunque éste es el que nos interesa en el presente módulo y, por tanto, será desarrollado posteriormente en un tema independiente.

Conforme a ello, y siguiendo a Atienza<sup>3</sup>, es posible señalar que la argumentación jurídica puede ser desplegada en diferentes escenarios, en diferentes momentos. Así, es posible hacer referencia a la **instancia legislativa** en la que los legisladores deben argumentar cuando proponen una ley para el cumplimiento de determinadas finalidades, o cuando deben asumir una decisión respecto a la forma de regular un determinado instituto o resolver un conflicto; por ejemplo, piénsese en la definición de la Asamblea Legislativa Plurinacional sobre el tema del Aborto y la exhortación realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 206/2014:

“5º Exhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que atendiendo a la interpretación efectuada en el fundamento Jurídico III.8.7 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, en el ámbito de sus competencias y las recomendaciones de los organismos internacionales en el marco de la progresividad de los derechos de la mujer, desarrollen normas que garanticen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos conforme a lo establecido en el art. 66 de la CPE, y que las mismas coadyuven a resolver los abortos clandestinos”.

Así, en este tema, sobre la base de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional efectuada en el Fundamento Jurídico III.8.7, en la que sostuvo que:

“**La protección a la vida es gradual y se va incrementando** desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto hasta el nacimiento; es decir mientras más se aproxime a una célula su protección jurídica disminuye pero de ninguna manera desaparece y en la medida que se desarrolle y se vaya asemejando a un ser humano la protección jurídica paulatinamente se va incrementando; **vale decir que un feto goza de la protección que emana de la CPE y las leyes aunque en menor proporción que la que se otorga a la persona nacida**”.

“**Este Tribunal Constitucional concluye que un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible** y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que **el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión...**”

Sobre la base de dichos fundamentos y, conforme a la exhortación, considerando las recomendaciones de los organismos internacionales respecto a los derechos sexuales y reproductivos, la Asamblea Legislativa Plurinacional deberá sancionar una Ley que coadyuve a resolver los abortos clandestinos; lo que supone que el Legislador deberá argumentar la decisión que asuma sobre la base de las consideraciones efectuadas; es decir deberá otorgar buenas razones en torno a una u otra decisión, sobre la base de la interpretación efectuada por la resolución constitucional antes mencionada.

En el ámbito legislativo, la argumentación sobre determinada disposición legal suele encontrarse en la exposición de motivos y también en el ámbito de los debates parlamentarios, que se encuentran, en el caso boliviano, contenidos en los Redactores, tanto de la Cámara de Diputados, como en el Cámara de Senadores, y es a través de ellos, que se podrá conocer el proceso argumentativo de una determinada disposición legal; sin perjuicio

**La jurisdicción es la instancia encargada de resolver esos y otros problemas, pero los jueces no pueden hacerlo -al menos, no pueden en un Estado de Derecho- decidiendo pura y simplemente. Deben motivar sus decisiones, esto es, deben mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos: deben pues, argumentar.**

Manuel Atienza, *Derecho y Argumentación*, p. 29.

que luego, dicha norma y, claro está, la argumentación de la misma, pueda ser objeto de interpretación por parte de las autoridades judiciales e, inclusive se someta a juicio de constitucionalidad.

La argumentación jurídica también está presente en los argumentos de las y los abogados cuando acuden a los Tribunales, quienes intentan persuadir a la autoridad jurisdiccional para aplicar una norma o interpretarla en uno u otro sentido; insumos argumentativos que la o el juzgador deberán considerar al momento de resolver el caso.

También argumentan las autoridades administrativas, cuando deben reglamentar alguna disposición legal, o cuando tienen que resolver un caso en la instancia administrativa, por ejemplo un proceso administrativo; en ambos supuestos, las autoridades administrativas otorgan argumentos a favor de una determinada determinación, la cual sin embargo, también podrá ser revisada por la vía judicial, ya sea porque se formule contra la misma un proceso contencioso administrativo, por ejemplo, o cuando se presente alguna acción constitucional por lesión a derechos o garantías o cuando se impugne una norma de carácter administrativo vía acción de inconstitucionalidad.

En el ámbito de la doctrina jurídica, es evidente que también se argumenta, pues se desarrollan los institutos jurídicos, se interpretan las normas jurídicas y se otorgan razones, argumentos generales y sistemáticos que justifican la interpretación otorgada por el autor; razones a las que, en su caso, podrá acudir la autoridad jurisdiccional cuando utilice argumentos de autoridad para justificar su decisión.

En síntesis, como anota Atienza, no hay práctica jurídica que no consista en argumentar y,



por ende, la teoría del derecho podría construirse en muy buena medida como una teoría de la argumentación jurídica<sup>4</sup>; pero en definitiva, donde cobra mayor importancia esta labor es en la argumentación judicial, pues son, en definitiva, las autoridades jurisdiccionales, quienes resuelven las controversias que se les plantean; deciden sobre la base de la argumentación planteada por las partes, interpretan las disposiciones legales, las someten a control de constitucionalidad, juzgan los actos y resoluciones administrativas y se sustentan en las interpretaciones realizadas por la dogmática jurídica.

### 1.3. Contexto del descubrimiento y de la justificación

Este punto está íntimamente relacionado con la justificación de las resoluciones que será abordado posteriormente; sin embargo por el momento es necesario adelantar que en el análisis lógico del razonamiento jurídico surge la imperiosa necesidad de distinguir los contextos de descubrimiento y justificación<sup>5</sup>. Esta distinción siguiendo a Atienza, procede del ámbito de la teoría de la ciencia, pero se ha trasladado al campo de la argumentación jurídica, y en concreto, al de la decisión judicial; en ese sentido, la teoría estándar de la argumentación jurídica, reduce el estudio de la argumentación al contexto de la justificación<sup>6</sup>.

La distinción, en el ámbito de la ciencia, estriba entre lo que son criterios de validación de una teoría científica, que es el contexto de justificación, y el proceso por el cual se descubre una determinada teoría, que es el contexto del descubrimiento. Así, se trata de delimitar el análisis lógico de una teoría científica (justificación) y las investigaciones empíricas de carácter psicológico, sociológico o histórico (descubrimiento). En síntesis, se señala que la forma en que se produjo el descubrimiento no tiene relación con la cuestión de si la teoría o hipótesis resulta o no científicamente aceptable, aplicándose a estas las reglas del método científico pero no al contexto del descubrimiento<sup>7</sup>.

Esta teoría ha sido trasladada al ámbito de la argumentación jurídica para oponerse a las posiciones que señalan que las decisiones judiciales no pueden ser justificadas porque serían tomadas en forma irracional, por el estado de ánimo del juzgador, por su ideología, etc.; sin embargo, a partir del contexto del descubrimiento y la justificación, se aboga en sentido que aún las decisiones hubieren sido tomada por razones ajenas al derecho (lo que se situaría en el contexto del descubrimiento) es evidente que lo que interesa es la justificación de la decisión. Atienza, sostiene que “si la argumentación se ve desde el punto de vista lógico, la distinción en cuestión parece ciertamente pertinente: la lógica (...) se centra en la argumentación como resultado, en el paso, por ejemplo de la premisa fáctica y

---

<sup>4</sup> ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 80.

<sup>5</sup> H. Reichenbach fue quien efectuó la distinción entre el contexto de descubrimiento y justificación en las teorías científicas, señalando que el contexto de descubrimiento integra las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, en nuestro caso, una resolución judicial, a su vez el contexto de justificación integra el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión.

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, op. cit., p. 51.

<sup>7</sup> *Ibíd.* p. 52.



normativa correspondiente a una conclusión (...) no en cómo se pasa de las premisas a la conclusión, sino en si un determinado paso es o no lógicamente correcto”<sup>8</sup>

Siguiendo con Atienza, el contexto de justificación es el proceso mediante el cual el juez justifica la decisión que ha adoptado para resolver un determinado problema jurídico. En este caso el juez está obligado a determinar las razones de su decisión de manera clara y expresa. Es decir que en el contexto de justificación el juez debe fundamentar su decisión justificando la adopción de la decisión. Ahora bien, el contexto de justificación en la argumentación jurídica no se agota con la mera justificación de las resoluciones judiciales de manera lógica, sino que es imprescindible que la justificación de las mismas sea coherente y consistente con los principios y valores que fundamentan determinado sistema jurídico.

#### 1.4. Las razones explicativas y las razones justificativas

El derecho, desde la perspectiva de la argumentación, es precisamente un entramado entre decisiones y argumentos, partiendo de la idea que decidir no es argumentar ya que como acertadamente señala Manuel Atienza los razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones - o cierto tipo de razones - que pueden darse en favor de las decisiones”.

De esta forma, en el marco de lo señalado en el anterior punto, las razones podrán ser explicativas o justificativas. Así a través de las primeras se buscará establecer cuál la causa o motivo para tomar determinada decisión y cual la finalidad u objetivo que se perseguía, en cambio las razones justificativas tienen como finalidad lograr que dicha decisión sea aceptable o correcta<sup>9</sup>. Así, acudiendo al ejemplo que el citado autor señala, tendríamos lo siguiente:

**Razones explicativas**

**“¿por qué X realizó Y? podrá ser que lo hizo por causa de Z o con el propósito de lograr F”**

**Razones justificativas**

**“X debía – tenía la obligación- de realizar Y”**

En el ámbito del razonamiento jurídico, Atienza señala que se dan razones justificativas, pero aclara que las razones explicativas tienen un papel importante en la decisión. Así, señala que si bien fundamentar una sentencia significa ofrecer una justificación, no una explicación de la decisión; empero, a partir del silogismo jurídico, en el que una de las premisas es un enunciado empírico (premisa fáctica), se necesita para su establecimiento contar con razones explicativas. **No obstante lo dicho, es evidente que una vez explicado el hecho, son las razones justificativas las que valen en el ámbito del razonamiento jurídico.** Esto se puede graficar con el siguiente ejemplo, que se lo simplifica para una adecuada comprensión:

<sup>8</sup>Ibíd., p. 55.

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, op. cit., p. 32.



<p><b>Premisa mayor (normativa)</b> Se encuentran las razones justificativas</p>	<p><b>Art. 335 (Estafa)</b> El que induciendo en error por medio de artificios o engaños, sonsacare a otro dinero u otro beneficio o ventaja económica, incurrirá en privación de libertad de uno a cinco años y multa de sesenta a doscientos días.</p>
<p><b>Premisa menor (fáctica)</b> Donde se encuentran razones explicativas y justificativas también</p>	<p>Juan, con la finalidad de obtener un beneficio económico, hizo creer a Pedro que tramitaba visas a Estados Unidos, logrando obtener de éste la suma de 1.000 \$us dólares para el trámite (<b>razones explicativas</b>) Se justifica dicha conclusión a través de las pruebas existentes y su valoración (<b>razones justificativas</b>)</p>
<p><b>Conclusión</b> Donde se encuentran las razones justificativas</p>	<p>Juan cometió el delito de estafa por lo que <b>debe</b> ser privado de libertad por tres años.</p>

## 1.5. Concepciones de la argumentación jurídica

Manuel Atienza sostiene que en toda argumentación existen los siguientes elementos:

1. **Un lenguaje:** Argumentar es una actividad lingüística, y el argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados.
2. **Una conclusión:** Que se constituye en el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento.
3. **Una o varias premisas,** es decir, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento, y
4. **Una relación entre las premisas y la conclusión**<sup>10</sup>.

Estos elementos, aunque con diferente comprensión y con mayor o menor importancia, están presentes en la argumentación; sin embargo, no existe una única forma de comprender dichos elementos ni la argumentación misma. En ese sentido, el autor que se sigue, hace referencia a tres concepciones en la argumentación:

- a. **Formal:** Según la cual un argumento es producto del encadenamiento de proposiciones. El argumento será deductivamente válido si las premisas son verdaderas; en otras palabras, si las premisas son verdaderas, también lo es la conclusión.

Así, la conclusión deriva de un conjunto de enunciados (silogismo), y la corrección del razonamiento depende de su adecuación a las reglas de la lógica formal.

Bajo esta concepción de la argumentación, se garantiza el paso de las premisas a la conclusión, bajo reglas de carácter formal, que no exigen ingresar a consideraciones

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, op. cit., p. 37 y ss.



respecto al **contenido** de verdad o la corrección de las premisas.

“...desde el punto de vista lógico, más que de argumentos habría que hablar de esquemas de argumentos que se expresan en un lenguaje artificial que no se corresponde exactamente con algún lenguaje natural. Las premisas y la conclusión son enunciados que podrán interpretarse como proposiciones susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, **pero también como normas que carecen de valores de verdad**” (Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*, p. 43).

La argumentación desde el punto de vista formal y los postulados de la lógica formal serán analizados cuando se haga referencia a la justificación interna de las resoluciones judiciales; sin embargo, es preciso reiterar, como se lo hiciera en el Módulo de Principios y Valores en la Administración de Justicia, que el silogismo judicial resulta insuficiente para explicar la labor argumentativa en la aplicación del derecho.

De acuerdo al silogismo jurídico, la premisa mayor está constituida por la norma genérica; la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de dicha norma y la conclusión por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso, las consecuencias del derecho<sup>11</sup>, es decir, la subsunción, entendida como “*el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley ...El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador*”<sup>12</sup>.

Sin embargo, en la argumentación jurídica tanto la premisa mayor (normativa) como la premisa (fáctica) requieren de la utilización de argumentos que no precisamente responden a la lógica deductiva. Así, para fijar la premisa normativa, será necesario preguntarse sobre la relevancia de dicha norma, sobre su interpretación, acudiendo a los diferentes métodos de interpretación (que han sido estudiados en el Módulo de Interpretación Constitucional y Legal), etc.; ello con la finalidad de darle un **contenido** a la premisa normativa. Es en ese sentido, que es necesario hacer referencia a la concepción material de la argumentación.

- b. Material:** La concepción material de la argumentación, supone la justificación de las premisas, de las proposiciones que derivan en una conclusión. Es indispensable que se otorguen buenas razones para derivar de ellas una decisión; en este sentido, no se descarta el silogismo judicial, sin embargo, se le da un significado diferente a las premisas que fundamentan la conclusión. Así, por ejemplo, podría señalarse que la premisa mayor, que contiene la norma a aplicarse, a partir de la interpretación

<sup>11</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 20<sup>a</sup> ed., Editorial Porrúa, S.A., Argentina, 1977, p. 321.

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 285.

realizada por el juzgador, tenga un sentido normativo distinto al inicialmente previsto en la texto de la disposición legal, de donde podría derivarse que: El texto A debe entenderse como B.

Como veremos en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, este tipo de concepción material de la argumentación puede ser percibida, siguiendo a Atienza<sup>13</sup>, en la concepción de la tópica jurídica de Viehweg, para quien lo importante en la argumentación no es la técnica consistente en inferir unas proposiciones de otras (concepción formal, justificación interna), sino el descubrimiento y examen de las premisas, para lo que se requiere acudir a los tópicos, que representan los enunciado de contenido, premisas materiales que apoyan la resolución de un problema práctico (concepción material, justificación externa).

En ese entendido, la distinción entre justificación interna y externa, que procede de Wróblewski, que es utilizada en la teoría estándar de la argumentación jurídica, que también será analizada posteriormente, está referida a la validez de un inferencia a partir de determinadas premisas (lógica deductiva, silogismo judicial), en tanto que la justificación externa está vinculada a la justificación de las premisas.

En similar sentido, en la concepción del razonamiento práctico de Raz, las premisas son razones para la acción y los modos de resolver los conflictos entre esas razones. También Summers hace referencia a las “buenas razones” que pueden ser clasificadas como razones sustantivas, autoritativas, factuales, interpretativas y críticas<sup>14</sup>.

En síntesis, y como se analizará cuando se haga referencia a la justificación externa de las resoluciones judiciales, la justificación de las premisas se da fundamentalmente a través de la elección valorativa fundada en los principios, valores, derechos y garantías contenidos en la Constitución Política del Estado y las normas del Bloque de constitucionalidad.

- c. **Pragmática o dialéctica:** Según este enfoque, la argumentación es un “tipo de acción –o de interacción-lingüística”<sup>15</sup>. Bajo esta concepción, la argumentación, como acto de lenguaje tiene lugar en el contexto de un diálogo con otro o con uno mismo, cuando existe duda o se cuestiona un enunciado; carácter dialéctico que se puede percibir claramente en el ámbito de las decisiones judiciales, donde el juez responde a las pretensiones de una demanda o de un recurso, pero también a las argumentaciones del demandado o el recurrido e, inclusive a los argumentos que él mismo podría plantearse en el desarrollo de la argumentación.

La argumentación entonces, es una actividad, un proceso, en el cual los sujetos que

<sup>13</sup> ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, op. cit., p. 45 y ss.

<sup>14</sup>*Ibid.*, p. 48.

<sup>15</sup>*Ibid.*, p. 48.



participan tienen un papel fundamental, pues en el proceso argumentativo se arriban a concesiones o enunciados aceptados por los intervinientes que darán lugar a una conclusión que se pretende sea aceptada por los participantes.

Bajo esta concepción, la argumentación encuentra íntima conexión con la motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales y con el principio de congruencia, pues la autoridad judicial está obligada a responder a los argumentos planteados en la demanda o recurso, pero también a considerar la contra argumentación de la otra parte, para de este modo, lograr el convencimiento en las partes de que no se ha actuado arbitrariamente y que se han desvirtuado todos los fundamentos esgrimidos dentro del proceso.

Con la concepción pragmática o dialéctica de la argumentación lo esencial es que alguien resulte persuadido o acepte las premisas y los efectos de una decisión, a partir de un proceso en el que se van desechando o consensuando los argumentos.

---

**Las tres concepciones de la argumentación son complementarias:**

- Los argumentos deben estar lógicamente encadenados para llegar a una conclusión (Justificación interna).
  - Debe existir una justificación de las premisas, lo que implica la utilización de diferentes criterios, fundamentalmente los constitucionales (Justificación externa)
  - El proceso de argumentación debe estar plasmado para justificar la decisión (fundamentación, motivación)
- 

A continuación reproducimos el texto de Atienza, en el que se explica la conexión entre las diferentes concepciones de la argumentación:



“La concepción lógica marca los criterios de corrección formal de la argumentación, trasladada al campo de la sentencia judicial: los criterios de justificación formal o justificación interna. El enunciado ‘debo condenar a X a la pena Y’ sólo puede considerarse justificado –en sentido formal- a partir de una premisa normativa de la forma ‘Quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y’ y una premisa fáctica ‘X ha cometido un acto de la clase C’. Así entendida, la teoría del silogismo judicial es, simplemente inobjetable.

Pero la lógica no proporciona criterios de justificación material que son necesarios en las decisiones judiciales, bien se trate de casos difíciles, o incluso de casos fáciles, rutinarios. Esto último es así porque, por ejemplo, en el anterior esquema argumentativo, el uso por un juez de la premisa normativa presupone por su parte la aceptación de que él debe decidir de acuerdo con las normas del sistema identificadas según la regla de reconocimiento, lo que supone, en último término, apelar a un criterio moral. Es decir, el silogismo judicial presupone siempre un tipo de razonamiento práctico en el sentido de Raz: aunque el juez no lo explicita, su decisión de usar como premisas del mismo las normas –y sólo las normas- del sistema vendría a ser el resultado –no necesariamente en sentido psicológico –de un balance de razones: el que le lleva a considerar que él, en cuanto juez, debe siempre obedecer el Derecho establecido. En relación con los casos difíciles, los criterios de justificación material –en la justificación externa desempeña también un papel, pero no el determinante, la lógica- hacen referencia a la idea de universalidad, a criterios utilitaristas y, quizás sobre todo, a la noción de coherencia o integridad.

Finalmente, desde una concepción pragmática o dialéctica de la argumentación, habría que hablar de justificación en cuanto aceptabilidad (...) la buena argumentación se mide en función del comportamiento –real o ideal- de los participantes y/o de los destinatarios”

*Manuel Atienza, Derecho y Argumentación, p. 58 y ss.*

Ahora bien, para ejemplificar las diferentes concepciones de la argumentación, acudiremos a la SCP 0827/2013, que ya fue utilizada en Módulos anteriores. Dicha Sentencia fue pronunciada en una acción de libertad en la que el accionante (José) sostuvo que los jueces y vocales demandados rechazaron su solicitud de cesación de la detención preventiva, no obstante que se encontraba detenido por más de treinta y ocho meses sin que la sentencia pronunciada en su contra se encontrara ejecutoriada. Las autoridades judiciales demandadas argumentaron para rechazar la cesación de la detención preventiva que la norma procesal penal contenida en el art. 239.3 del CPP no exige la ejecutoria de sentencia, sino simplemente su pronunciamiento.

De acuerdo a la actuación de las autoridades judiciales demandas, éstas aplicaron el art. 239.3 del CPP **desde una concepción eminentemente formal**, aplicando el silogismo jurídico, sin justificar materialmente las premisas. En ese entendido, se pudo reconstruir, de manera sintética el razonamiento judicial efectuado por las autoridades judiciales ordinarias:

<b>Aplicación del art. 239 del CPP desde una concepción formal de la argumentación</b>	
<b>PREMISA MAYOR</b>	Art. 239 del CPP La detención preventiva cesará: (...) 3. Cuando su duración exceda de 18 meses sin que se haya



	dictado acusación o de treinta y seis meses sin que se hubiera dictado sentencia
<b>PREMISA MENOR</b>	José se encuentra detenido preventivamente por 38 meses, habiéndose pronunciado sentencia en primera instancia, la cual está pendiente de apelación.
<b>CONCLUSIÓN</b>	No corresponde que se disponga la cesación de la detención preventiva a favor de José, por cuanto si bien se encuentra detenido por más de 26 meses, ya se pronunció sentencia condenatoria en su contra.

Conforme se observa, el razonamiento de las autoridades jurisdiccionales puede ser considerado como lógicamente correcto, cumpliendo con la justificación formal o interna, pues a partir de una premisa normativa y otra premisa fáctica se derivó un enunciado, una conclusión.

Sin embargo, la solución otorgada por las autoridades jurisdiccionales demandadas no cumplió con la concepción material de la argumentación, por cuanto estaba ausente la justificación material o externa de la premisa normativa; por cuanto dicha norma, para ser **coherente** con los principios, valores, derechos y garantías de la Constitución Política del Estado, debió ser interpretada previamente por las autoridades demandadas.

En ese entendido, el Tribunal Constitucional Plurinacional, al resolver la acción de libertad, previamente se cuestionó sobre la interpretación que debía darse al art. 239.3 del CPP, por considerar que dicha norma era *“claramente imprecisa y oscura, por cuanto establece como condición de la cesación de la detención preventiva por el transcurso del tiempo, la falta de pronunciamiento de la sentencia, sin dilucidar si la misma debe estar ejecutoriada o meramente pronunciada...”*. Así, antes de resolver el caso y, por consiguiente, antes de aplicar el art. 239.3) del CPP, efectuó una interpretación de dicha norma, desde y conforme a las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, en función a los principios de interpretación de los derechos humanos que se encuentran constitucionalizados, Así, señaló que de acuerdo a los principios pro homine y progresividad (arts. 13.IV y 256.I de la CPE y 29.b) de la CADH, art. 13.I de la CPE), se debe acudir a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable y que respecto a las limitaciones o restricciones en el ejercicio de un determinado derecho, se debe efectuar una interpretación restrictiva, con la finalidad de afectar lo menos posible a la vigencia y eficacia del derecho fundamental, garantizado de esa manera, el intérprete de la norma, la plena vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona.

La Sentencia también señala que de acuerdo a la garantía de presunción de inocencia, el imputado debe ser tratado en todo momento como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad a través de una sentencia con calidad de cosa juzgada material, y que el art. art. 116.I de la Constitución introduce un criterio de interpretación favorable cuando exista duda sobre la norma aplicable, al señalar: *“...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”*.

Sobre la base de dichos argumentos, el Tribunal Constitucional Plurinacional justificó materialmente la premisa normativa, otorgándole al art. 239.3 del CPP un sentido normativo





compatible con los principios, derechos y garantías constitucionales, al señalar:

A la luz de los criterios de interpretación antes señalados, debe entenderse que la sentencia a la que alude la norma contenida en el núm. 3 del art. 239 del CPP, se refiere a una sentencia que se encuentra ejecutoriada y, en ese sentido, es posible la cesación de la detención preventiva, cuando se sobrepase el plazo de treinta y seis meses, aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia, siempre y cuando, claro está, la demora no sea atribuible a actos dilatorios del propio imputado, conforme dispone la parte in fine del art. 239 del CPP. Asumir un entendimiento contrario implicaría efectuar una interpretación restrictiva de la norma, no permitida por el orden constitucional ni legal, conforme se tiene ampliamente explicado”.

En el siguiente cuadro, se puede efectuar de manera sintética la reconstrucción del razonamiento del Tribunal:

<b>Aplicación del art. 239 del CPP desde una concepción formal y material de la argumentación</b>	
<b>PREMISA MAYOR</b>	<i>(Disposición legal)</i> El art. art. 239 del CPP señala que la detención preventiva cesará: (...) 3. Cuando su duración exceda de doce (12) meses sin que se haya dictado acusación o de veinticuatro (24) meses sin que se hubiera dictado sentencia, excepto en delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, e infanticidio;
	<i>(Justificación material)</i> Sin embargo, De acuerdo a una interpretación desde y conforme a la CPE y aplicando los criterios de interpretación constitucionalizados, <b>debe entenderse que:</b>
	<i>(Sentido normativo otorgado)</i> <b>La sentencia a la que alude el art. 239.3) del CPP debe encontrarse ejecutoriada</b> (Por lo que es “posible la cesación de la detención preventiva, cuando se sobrepase el plazo de veinticuatro meses, aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia”)
<b>PREMISA MENOR</b>	José se encuentra detenido preventivamente por 26 meses, habiéndose pronunciado sentencia en primera instancia, la cual está pendiente de apelación y, por tanto, no se encuentra ejecutoriada.
<b>CONCLUSIÓN</b>	Corresponde la cesación de la detención preventiva a favor de José, por cuanto se encuentra detenido por más de 26 meses sin que la sentencia pronunciada en su contra se encuentre ejecutoriada.

Como se observa, el Tribunal no se limitó a aplicar el art. 239.3) del CPP, sino que interpretó esa norma y le dio un nuevo sentido normativo del que carecía, generando así un precedente, una subregla, que luego se aplica al caso concreto. Nótese que entre la disposición legal original y su aplicación al caso concreto, median argumentos interpretativos que modifican la cadena de premisas que conforman el silogismo jurídico, hasta la reconstrucción de la norma que será aplicada, que se justifica materialmente a partir de su coherencia con los principios, valores, derechos y garantías constitucionales.



Adicionalmente, debe considerarse que, en el caso que se analiza también se advierte la concepción dialéctica o pragmática de la argumentación, por cuanto el Tribunal responde a las interrogantes que plantea el caso, lo que se puede advertir en el texto de los fundamentos jurídicos. A efecto de ejemplificar el caso únicamente nos referiremos a una parte del FJ. III.2 en el que el Tribunal constitucional Plurinacional se cuestiona sobre la interpretación que debe darse al art. 239.3 del CPP, analizando las posiciones del accionante y de los demandados:

“(…) debe señalarse que la disposición legal contenida en el núm. 3 del art. 239 del CPP establece que cesará la detención preventiva “cuando su duración exceda de dieciocho meses (18) sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis meses (36) sin que se hubiera dictado sentencia”; última parte de la disposición legal que es claramente imprecisa y oscura, por cuanto establece como condición de la cesación de la detención preventiva por el transcurso del tiempo, la falta de pronunciamiento de la sentencia, sin dilucidar si la misma debe estar ejecutoriada o meramente pronunciada, dando lugar a dos interpretaciones: **La primera**, que es suficiente la emisión de la Sentencia en primera instancia y que, por ende, aun la detención preventiva hubiere sobrepasado el plazo de treinta y seis meses, no es posible su cesación, por haberse pronunciado la respectiva sentencia; **la segunda**, que necesariamente la sentencia debe encontrarse ejecutoriada y que, en consecuencia, cuando se sobrepase al plazo de treinta y seis meses, aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia, es posible su cesación, por no encontrarse la resolución ejecutoriada”.



## UNIDAD DIDÁCTICA 2

# TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 2.1. Introducción.

En el tema anterior se ha realizado una aproximación a la argumentación jurídica, otorgando las bases para su estudio. Ahora toca abordar a la teoría de la argumentación jurídica, entendida como la disciplina encargada de la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica; por ello se dice que dicha disciplina es un discurso sobre los discursos de los juristas.

Conforme a ello, se comprende que la argumentación jurídica, constituida por las razones o argumentos otorgados para justificar una determinación o decisión en diferentes ámbitos jurídicos, es diferente a la **teoría de la argumentación jurídica**, que se estudiará a continuación, aproximándonos a su definición, su utilidad, para luego resumir las teorías más importantes existentes. Todos estos insumos nos servirán de base para el próximo tema, en el que se analizará la argumentación jurídica en el ámbito de la decisión judicial.

### 2.2. La teoría de la argumentación jurídica: Una aproximación a su definición

Se ha señalado que las decisiones sobre la forma de aplicar el derecho deben estar adecuadamente justificadas y, para el efecto, se debe ofrecer razones, argumentos en favor de dichas decisiones, siendo esa la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es. Ahora bien, la disciplina que se ocupa de establecer la forma en cómo se argumenta y cómo debería argumentarse, es la teoría de la argumentación jurídica<sup>16</sup>.

La teoría de la argumentación jurídica, hace referencia, entonces, al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho. En ese sentido, es necesario siguiendo, a García Figueroa, analizar los elementos de esta definición para una mejor comprensión de la misma:

- a. **Es una teoría:** Lo primero que debe quedar claro es que se trata de una **teoría** y no práctica, pues se pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica<sup>17</sup>; sin embargo, el hecho de que sea teoría, no implica afirmar que la misma no tenga ninguna vinculación con la práctica de los y las abogadas y, en especial con la labor de las juezas y los jueces. Esto no es evidente por las siguientes razones: Primero, porque la práctica del derecho, en especial la judicial, forman parte del objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica y segundo, porque a través de la teoría de la argumentación jurídica se establece, se

<sup>16</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, op. cit., p. 50.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 52.

prescribe, cuál es la mejor forma de argumentar, que puede servir a los juristas para la revisión de su actividad diaria en la aplicación del derecho. Así, se dice que la teoría de la argumentación jurídica describe la práctica del Derecho y a veces prescribe cómo debería ser esa práctica<sup>18</sup>.

La teoría de la argumentación jurídica puede ser entendida desde una triple perspectiva: descriptiva empírica, descriptiva conceptual y perspectiva normativa<sup>19</sup>:

- **Perspectiva empírica:** Según esta perspectiva, la Teoría de la Argumentación Jurídica tendría como objeto describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto fenómenos sociales, acudiendo a otras disciplinas como la sociología, la antropología; empero, este no ha sido el criterio adoptado por la teoría de la argumentación jurídica dominante, a partir de la distinción entre el contexto de la explicación y de la justificación, que ha sido referida precedentemente, toda vez que el contexto explicativo de las causas psicológicas o sociales de una decisión no son relevantes para el análisis de la justificación de una decisión.
- **Perspectiva conceptual o analítica:** El objeto de la Teoría de la argumentación jurídica consiste en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica, lo que supone una **reconstrucción racional** de las prácticas argumentativas jurídicas de manera sistemática, siendo esa perspectiva la fundamental de la teoría de la argumentación jurídica.
- **Perspectiva normativa o prescriptiva:** El objeto de la teoría de la Argumentación Jurídica consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos.

En torno a estas dos últimas perspectivas se ha desarrollado la teoría de la argumentación jurídica y, en ese sentido, puede ser entendida desde una perspectiva descriptiva, como la reconstrucción racional de las prácticas argumentativas, es decir, se describe la forma en que han razonado las autoridades judiciales, y también, desde de una perspectiva normativa, la teoría puede aportar fórmulas para mejorar la argumentación.

- b. Tiene como objeto de estudio a la argumentación jurídica:** Como se ha señalado en el primer tema de este texto, la argumentación es una actividad, pero también es el resultado de dicha actividad (argumento). La argumentación consiste en otorgar razones que justifican un determinado enunciado y, como se ha visto, se puede argumentar en diferentes escenarios y materias; empero, el objeto de la

<sup>18</sup>*Ibíd.*, p. 52.

<sup>19</sup> Nos basamos en la distinción efectuada por García Figueroa, Alfonso, en la citada obra "La argumentación en el Derecho", p. 54 y ss.

argumentación jurídica está restringida a los argumentos vinculados a las normas en ese sentido, la actividad que interesa es la que consiste en “justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos” estableciendo por qué las personas deben comportarse de determinado modo<sup>20</sup>.

**En ese sentido, la argumentación jurídica analiza las premisas normativas, y también las fácticas que tienen como conclusión una norma aplicada a un caso concreto.** Nótese entonces, que las premisas normativas están referidas a la disposición legal que será aplicada con los consiguientes argumentos utilizados por los juristas a favor de su aplicación; las premisas fácticas están referidas a la constatación de los hechos, la valoración de la prueba pertinente y su calificación jurídica, que permitirá una conclusión en sentido que el caso debe resolverse a partir del marco normativo descrito por el jurista, conclusión que también debe tener carácter normativo, pero aplicado a un caso particular.

La teoría de la argumentación jurídica, por tanto, como su nombre indica, analiza argumentos jurídicos y aunque si bien la sentencia tiene argumentos de hecho, estos forman parte de un todo, por cuanto la conclusión que se deriva de la argumentación fáctica tiene carácter normativo (la decisión al caso concreto); lo importante, por tanto es que la conclusión presente carácter normativo, no obstante que se utilicen premisas fácticas o de otro tipo en la argumentación, aclarándose empero que es indispensable que, por lo menos, una de las premisas tenga carácter normativo, porque de no serlo, no se podría derivar una conclusión normativa, de deber ser, y se caería en la falacia naturalista, por cuanto se estaría derivando de un razonamiento descriptivo, una conclusión prescriptiva<sup>21</sup>.

Cabe precisar que a partir de nuestro modelo de Estado, la argumentación jurídica tiene un evidente carácter plural, y, en ese sentido, los argumentos jurídicos que se utilicen en el fallo, pueden provenir tanto del sistema ordinario como del sistema indígena originario campesino, pues en este último caso, también se analizan normas de dicho sistema, aunque, evidentemente, en el marco de la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, la argumentación tanto jurídica como fáctica deberá considerar el contexto cultural de la nación y pueblo indígena originario campesino.

---

<sup>20</sup>*Ibíd.*, p. 55.

<sup>21</sup>*Ibíd.*, p. 56. Para ilustrar la falacia naturalista, García Figueroa, otorga el siguiente ejemplo de enunciado “La homosexualidad debe rechazarse porque es antinatural”; desprendiéndose de ella una falacia lógica y justificatoria: la primera porque el juicio normativo deriva de uno descriptivo (los seres humanos nunca son homosexuales en estado de naturaleza) y la segunda porque la naturaleza “es como es, no tiene nada de moral ni de inmoral”.

En ese sentido, debe aclararse que la introducción de elementos culturales en el análisis de las teorías de la argumentación de ninguna manera desnaturaliza la argumentación jurídica, sino más bien la refuerza; pues se analizan los argumentos jurídicos desde la perspectiva intercultural. En síntesis si se considera que el objeto de la argumentación siguen siendo las normas pluralmente concebidas, no se altera su objeto, pues el resultado de la interpretación de las normas dará como resultado una determinada forma de “deber ser” en el marco de la pluralidad y el pluralismo.

Entonces, es indudable que cuando se hace referencia al objeto de la argumentación jurídica en el ámbito boliviano, conforme se ha señalado, se hace referencia a las normas de los diferentes sistemas jurídicos, en el marco del sistema plural de justicia donde tienen un rol fundamental los principios y valores plurales que fundamentarán, como se explicó en el Módulo de Principios y Valores en la Administración de Justicia, la aplicación de las normas jurídicas, lo que supone además otorgar un dimensión moral al derecho, que además se encuentra presente en muchas normas-principios constitucionales, empezando de los principios ético morales de la sociedad plural previstos en el art. 8 de la CPE.

Efectivamente, conforme anotara la SCP 112/2012 de 27 de abril, las normas principios constitucionales:

“no son otra cosa que los valores, principios, derechos fundamentales y garantías constitucionales, es decir, la “moral objetivada-positivada”, “meta-normas” que informan, orientan al poder público y a la convivencia social, las relaciones entre el ciudadano y el Estado y entre particulares, que si bien se agotan en su positivización constitucional, empero encuentran una construcción judicial constante, siempre y cuando se salvaguarde la unidad del ordenamiento, es decir, su coherencia.

Corresponde a la jurisprudencia proferida por el Tribunal Constitucional Plurinacional -en su función de intérprete final del orden constitucional y uniformador del nuevo derecho- precisar sus alcances normativos a través de la interpretación que desentrañe el sentido del principio en

## Argumentación jurídica plural

A partir de nuestro modelo de Estado, la argumentación jurídica tiene un evidente carácter plural, y, en ese sentido, los argumentos jurídicos que se utilicen en el fallo, pueden provenir tanto del sistema ordinario como del sistema indígena originario campesino, pues en este último caso, también se analizan normas de dicho sistema, aunque, evidentemente, en el marco de la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, la argumentación tanto jurídica como fáctica deberá considerar el contexto cultural de la nación y pueblo indígena originario campesino respectivo.

cuestión, esto, sin exclusión de la tarea de los jueces y las autoridades originarias de la pluralidad de jurisdicciones reconocidos en la Constitución, en su actividad decisoria cotidiana”.

### 2.3. La utilidad de la teoría de la argumentación jurídica

Es evidente que en los últimos años se ha dado una interesante producción bibliográfica en torno a la teoría de la argumentación jurídica, pero también es cierto que durante muchos años los jueces y tribunales de justicia, han pronunciado sus resoluciones sin recurrir a la teoría de la argumentación jurídica, entonces, éstos suelen preguntarse respecto a la utilidad de dicha teoría y a su trascendencia práctica.

Ahora bien, conforme se ha señalado, la teoría de la argumentación jurídica tiene una dimensión descriptiva y otra prescriptiva. Desde la primera dimensión, de acuerdo a la doctrina, la teoría puede contribuir a que los juristas sean más conscientes respecto a su propio quehacer; así, en el ámbito judicial, se sostiene que es conveniente que las juezas y los jueces sepan lo que están haciendo, mejorando de esta manera el conocimiento de su propia actividad. García Figueroa ejemplifica lo que se acaba de decir de la siguiente manera: No es necesario conocer la forma en que se metaboliza una manzana en el cuerpo humano para seguir comiendo manzanas, sin embargo, dicho conocimiento podría mejorar nuestra nutrición, así como la conservación y preparación de dicha fruta, entre otros aspectos; lo mismo con relación a un cocinero que, con independencia de los conocimientos antes señalados, podrá seguir utilizando manzanas en sus preparados; empero, podría mejorarlos si es que tiene la información técnica respecto a las propiedades de esta fruta. En el mismo sentido, los conocimientos de teoría de la argumentación jurídica pueden ayudar al jurista a razonar sobre su trabajo y mejorarlo en algún sentido<sup>22</sup>, así como a efectuar un autoanálisis de la actividad decisional.

Con relación a la dimensión prescriptiva, por la que la teoría de la argumentación propone cómo deberían decidir las autoridades judiciales en los casos difíciles, es evidente que es favorable para la administración de justicia, por cuanto contribuye al conocimiento de la actividad argumentativa y propone criterios para mejorarla, en otras palabras, como señala García,

“De lo que se trata más bien es de contribuir a impulsar el conocimiento de esta actividad, desvelar algunos presupuestos de la argumentación jurídica que puedan resultar revisables y proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad del sistema jurídico político en el que se inserta la función del sistema jurídico-político en el que se inserta la función jurisdiccional. La racionalidad en el discurso jurídico es objeto y presupuesto de la TAJ. Por eso, cuando hablamos de TAJ es importante preguntarse sobre el papel de la racionalidad en el Derecho”

---

<sup>22</sup>Ibíd., pp. 61-62.





#### EN SU DIMENSIÓN DESCRIPTIVA:

- Mejora la conciencia del quehacer judicial
- Permite el análisis del tipo de actividad decisional



#### EN SU DIMENSIÓN PRESCRIPTIVA

- Contribuye a impulsar el conocimiento de la actividad argumentativa.
- Propone criterios para mejorar la actividad

## 2.4. Las teorías de la argumentación jurídica

Conforme se señaló en el primer tema del texto “Interpretación constitucional y legal”, bajo el Estado Legislado de Derecho, la metodología en la aplicación del derecho, fue el positivismo teórico, en el que primó la concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico; siendo fundamental la coherencia interna de las resoluciones, sin que fuera necesaria la justificación externa (material de las mismas). Como se ha dicho, la metodología jurídica predominante fue el silogismo jurídico y, en ese sentido Beccaria, en su obra, “De los delitos y las penas”, señala:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad ó la pena. Cuando el juez por fuerza ó voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones”<sup>23</sup>

Conforme a ello, el razonamiento jurídico, y en especial la sentencia judicial, se expresa a través de un razonamiento lógico deductivo, que ya ha sido descrito en éste y textos anteriores. Es contra dicha concepción excesivamente formal de la argumentación jurídica que se pronuncia la teoría de los años 50 del siglo XX, efectuando un planteamiento antiformalista de la argumentación jurídica, que tienen en común el rechazo a la lógica formal como instrumento para analizar razonamientos jurídicos<sup>24</sup> rescatándose a disciplinas de la antigüedad clásica como la retórica, la tópica y la dialéctica.

En ese sentido, en este punto se efectuará un breve repaso de las indicadas teorías:

<sup>23</sup> BECCARIA, Cesar, Tratado de los delitos y las Penas, Imprenta De Albán, Madrid, 1822, pp. 15-16. Versión digital disponible: [http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388\\_MA.PDF](http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF)

<sup>24</sup> ATIENZA, Manuel, Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, op. cit., p. 29. Para el desarrollo de las teorías no basamos en dicho autor y en García Figueroa Alfonso, La Argumentación en el Derecho.





### 2.4.1. Teoría del logos de lo razonable: Luis RecansésSiches

El Filósofo del derecho español, Luis RecansésSiches puso de relieve la insuficiencia de la aplicación de los métodos lógico deductivos al razonamiento jurídico y mantuvo “un cierto escepticismo de corte realista frente a la posibilidad de un análisis racional de los procesos de decisión jurídica”<sup>25</sup>, sin llegar al irracionalismo. Propone una alternativa a la aplicación de la lógica formal al derecho que denomina “logos de lo razonable”, que se constituye en una lógica material frente a la formal, una lógica de lo humano frente a la lógica tradicional<sup>26</sup>. El autor propugna por analizar el derecho aquí y ahora, insistiendo en que cada caso es diferente y que, por lo tanto, el derecho “es esquivo” a la generalización, sistematización y los métodos de la ciencia, afirmando que hasta el momento de su aplicación, las leyes son siempre una obra inconclusa.

García Figueroa, sostiene que la relevancia de la obra de RecansésSiches se ciñe sobre todo a su preocupación por las cuestiones argumentativas y a su firme voluntad de poner al descubierto las insuficiencias de una concepción estrictamente lógico -deductiva de la aplicación del Derecho. Sin embargo, la obra de Recaséns, para superar esta insuficiencia, recurre a instrumentos que seguramente generan más problemas de los que puede resolver. “Su misterioso y oscuro ‘logos de lo razonable’ no presenta una articulación definida que nos permita siquiera intentar su cuestionamiento (y ésta es la primera condición que habría de cumplir una teoría, que sea susceptible de ser cuestionada)”<sup>27</sup>.

### 2.4.2 La tópica de Theodor Viehweg

La primera edición de Tópica y Jurisprudencia de Theodor Viehweg fue publicada en 1953. Tenía como idea fundamental la reivindicación del interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retórico. El libro conoció un gran éxito y fue el centro de atención en la polémica sobre el método jurídico, planteándose el debate en términos no muy claros, debido, a decir de Atienza, al carácter esquemático e impreciso de su obra fundacional.

La tópica, en una aproximación inicial, hace referencia al arte de hallar los argumentos<sup>28</sup>. El modo de pensar tópico, desarrollado desde la Antigüedad por Aristóteles y Cicerón, como parte de la retórica, hace su aparición como un contrapunto del modo de pensar sistemático deductivo.

Siguiendo a Atienza, la tópica puede ser caracterizada mediante tres elementos que se conectan entre sí. Por un lado, desde el punto de vista de su objeto, es una técnica del pensamiento problemático, desde el punto de vista del instrumento con que opera, es central la noción de topos o lugar común, y finalmente, desde el tipo de actividad, la tópica es una búsqueda y examen de premisas, antes que la conclusión; búsqueda que nunca

<sup>25</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alonso, *op. cit.*, p. 85.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 87

<sup>28</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 33.

termina, pues el repertorio de tópicos siempre es provisional. Así los tópicos deben ser entendidos de modo funcional, como orientación e hilos conductores del pensamiento que sólo permitirán alcanzar conclusiones cortas, lo que se contrapone a la lógica demostrativa que trabaja con las premisas y elabora largas cadenas deductivas.

Viehweg parte de la disyuntiva formulada por Nicolai Hartmann entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático, éste arranca del problema para encauzar posteriormente un sistema, en tanto que el primero (sistemático) opera desde el sistema una selección de problemas.<sup>29</sup> La concepción tópica del derecho se preocupa por el problema concreto y desde ahí se tiene una visión del sistema. En ese sentido, no importa qué es lo que dice el Código o el sistema, sino cómo se resuelve el caso aquí y ahora, entrando en juego los lugares comunes socialmente aceptados.

Para Viehweg la jurisprudencia debe regirse por un pensamiento problemático y la tópica, en cuanto representa la técnica de ese pensamiento, sería el instrumento más adecuado para su desarrollo<sup>30</sup>. La tópica, entendida como lugar común, jugaría en la argumentación un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal. Sirven como punto de partida porque se consideran comunes; pero difieren de los axiomas porque la adhesión que les concede no está fundada sobre su evidencia sino sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlos y aplicarlos de manera diferente<sup>31</sup>.

En síntesis, para Viehweg, el derecho parte de una aporía fundamental “que sea lo justo aquí y ahora, pues las normas del ordenamiento jurídico pueden sufrir una alteración al contacto con los casos concretos, siendo la ley un mero tópico más, un lugar común con reconocimiento social; en síntesis esta experiencia jurídica del aquí y ahora no se correspondería con el razonamiento deductivo de un derecho sistematizado.

La tópica de Viehweg ha provocado críticas por su vaguedad e indefinición metodológica; así, Prieto Sanchis, sostiene que el derecho no sería una predicción acerca de cómo se comportarían los tribunales sino una adivinanza<sup>32</sup>; Alexy, formula su crítica a la tópica señalando que una teoría adecuada de la argumentación jurídica tienen que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica como de la valoración del precedente, y que “Junto a la falta de importancia a de la ley, de la dogmática y del precedente, es ante todo problemática la orientación de la tópica hacia la estructura superficial de los argumentos estándar”<sup>33</sup>.

No obstante las críticas, se rescata el valor anticipatorio de la teoría de Viehweg, al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se esfuerza por compatibilizar la práctica con la razón y la justicia<sup>34</sup> y en ese sentido, Atienza señala que el mérito fundamental de Viehweg es haber descubierto un campo para la investigación<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, p. 88.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>31</sup> Cit. por García Fieguero, *op. cit.*, p. 92.

<sup>32</sup> PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 63.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 54 y ss.

<sup>34</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, p. 24

<sup>35</sup> ATIENZA, *Las razones del derecho*, p. 43.



### 2.4.3. Perelman y la nueva retórica

La retórica es entendida como la práctica argumentativa que tiene como objeto captar la adhesión de alguna o algunas personas, más allá de que las razones sean objetivamente correctas. Bajo el enfoque de la retórica, la argumentación jurídica podría ser entendida como la actividad discursiva mediante la cual se persigue convencer al interlocutor. “En ese sentido, la argumentación tiende a aproximarse más bien a una negociación de intereses en juego en la que el participante debe hacer uso de técnicas que le permitan conseguir el mejor resultado posible. Cabe pensar que, de entre los diversos juristas, los abogados serían quienes asumirían con más claridad esta perspectiva estratégica<sup>36</sup>”.

La obra fundamental de Chaïm Perelman es su “Tratado de la argumentación. La nueva retórica” (1958), que fue escrito con la ayuda de su secretaria y colaboradora Lucie Olbrechts-Tyteca, y que rehabilita una disciplina de la antigüedad la retórica y que posteriormente aplica al ámbito jurídico en su libro “La lógica jurídica y la nueva retórica”.

Perelman contraponen dos esferas del pensamiento: la lógica formal, regida por la idea de necesidad, y la argumentación presidida por la idea de lo plausible, aceptable, verosímil, fruto del consenso; última perspectiva que corresponde a la retórica. Para Perelman, la nueva retórica es “el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio<sup>37</sup>”; adhesión que se consigue a través del lenguaje y no mediante la fuerza física, pero también excluye la objetividad, por cuanto la persuasión no garantiza la corrección del discurso.

Son tres los elementos en la actividad argumentativa: el orador, el discurso y el auditorio, siendo éste último elemento el que reviste mayor interés, por cuanto con la argumentación, conforme se tiene señalado, se persigue la adhesión del auditorio, y la magnitud de éste califica los resultados de la argumentación, por lo que el tipo y fuerza de un razonamiento dependerá del tipo de auditorio al que se dirija<sup>38</sup>.

Quien argumenta debe asegurarse la adhesión tanto a sus premisas como a cada paso de la prueba y en ese sentido, los enunciados a fundamentar, por regla general, no se siguen lógicamente de los enunciados aducidos para la fundamentación y por ello, el paso de estos enunciados al enunciado que se trata de fundamentar necesita también el acuerdo del auditorio<sup>39</sup>

Perelman hace referencia a diferentes tipos de auditorio, entre ellos, el universal, el particular, el constituido por un único oyente y uno mismo. El universal está formado por todo los seres de razón, y de acuerdo a Atria es un concepto límite, al constituirse en la norma de la argumentación objetiva, que cumple la función de permitir distinguir entre persuadir y convencer, pues una argumentación persuasiva es aquella que sólo vale para un

<sup>36</sup> GARCÍA FIGUEROA, *op. cit.* p. 95

<sup>37</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, p. 96.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert, p. 231.



auditorio particular, mientras que una argumentación convincente se pretende válida para todo ser de razón<sup>40</sup>. Como señala Alexy la adhesión del auditorio universal es el criterio para la racionalidad y objetividad de la argumentación<sup>41</sup>.

Las críticas realizadas a Perelman están vinculadas a la contraposición excesiva entre lógica formal y lógica material. Así, señala Atienza, la insuficiencia del razonamiento lógico deductivo no significa su invalidez absoluta; además, se sostiene que alguna de las categorías de Perelman, resultan ambiguas, como la noción de auditorio universal.

#### **2.4.4. La lógica informal de Toulmin**

Al igual que los anteriores autores, las ideas de Toulmin se constituyen en un intento de modelo de argumentación distinto al de la lógica deductiva y sus ideas centrales están contenidas en la obra de “The uses of Argument”, que fue publicada en 1958. Sostiene que la lógica se vincula con la manera cómo los hombres piensan, argumentan e infieren de hecho, pero que históricamente se ha presentado, desde Aristóteles, como una disciplina autónoma y despreocupada de la práctica. Afirma que la lógica formal deductiva no sólo que no puede trasladarse al campo de la razón práctica sino que no permite dar cuenta de la mayor parte de argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito, incluida la ciencia, pues considera que la lógica únicamente podría ser manejada adecuadamente en el ámbito de la matemática pura<sup>42</sup>.

Toulmin pretende desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica, a la lógica operativa o aplicada, tomando como modelo a la jurisprudencia:

La lógica (podemos decir) es jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, y las pretensiones que hacemos y a favor de las que argumentamos en contextos extrajurídicos, con pretensiones hechas ante los tribunales, mientras que las razones que presentamos para justificar cada tipo de pretensión pueden ser comparadas entre sí. Una tarea fundamental de la jurisprudencia es caracterizar lo esencial del proceso jurídico: los procedimientos mediante los cuales se proponen, se cuestionan y se determinan las pretensiones jurídicas y las categorías en cuyos términos se hace esto. Nuestra investigación es paralela: intentaremos, de modo similar, caracterizar lo que puede llamarse el proceso racional, los procedimientos y categorías mediante cuyo uso puede argumentarse a favor de algo y establecerse pretensiones en general<sup>43</sup>.

Para Toulmin un argumento bien fundado es el que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios para merecer un veredicto favorable; en ese sentido, la corrección de un argumento no es una cuestión formal, que dependa exclusivamente de la forma de las premisas y de la conclusión, sino una cuestión procedimental, en el sentido de algo que tiene que juzgarse de acuerdo con criterios

---

<sup>40</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 50.

<sup>41</sup> ALEXY, p. 234.

<sup>42</sup> ATIENZA, *Idem*.

<sup>43</sup>Toulmin, cit. por Atienza, p. 82.



(substantivos e históricamente variables) apropiados para cada campo de que se trate<sup>44</sup>.

La argumentación consiste en dar razones a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos, es la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión. En toda argumentación existen algunas cuestiones comunes, como la **estructura de los argumentos**, es decir, sus elementos, funciones que cumplen y cómo se relacionan entre sí, y la **fuerza de los argumentos**, es decir la intensidad y circunstancias por las cuales un argumento suministra un apoyo en relación con la pretensión que se argumenta.

**En cuanto a los elementos del argumento, Toulmin** distingue a cuatro:

- a. La pretensión (claim) que es el punto de partida y de destino de nuestro proceder en la argumentación; por ejemplo Y tiene derecho a que las autoridades judiciales resuelvan su caso de manera fundamentada.
- b. Las razones (grounds) que invoca el que tiene una pretensión a favor de ésta; razones que deben ser suficientes y relevantes. Las razones no son teorías generales, sino los hechos del caso concreto, cuya naturaleza variará de acuerdo al tipo de argumentación del que se trate. Así en la argumentación jurídica, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable. En el ejemplo, “La falta de fundamentación de la resolución emitida por la Jueza X que dispuso la detención preventiva de Y”  
El oponente a la pretensión podrá discutir los hechos y puede exigir que justifique el paso de las razones a la pretensión a través de otro elemento que es la garantía del argumento.
- c. La garantía (warrant), que es el enunciado general que autoriza el paso de las razones a la pretensión, y su naturaleza dependerá del tipo de argumento, que podrá consistir en una regla de experiencia, un principio, una ley, etc. Son reglas que permiten o autorizan el paso de un enunciado a otro. Así, como señala Atienza, la distinción entre razones y garantía es la misma que se establece en la argumentación jurídica entre enunciados de hecho y norma. Así en el ejemplo otorgado, la garantía sería la siguiente norma: las resoluciones que dispone la detención preventiva deben estar debidamente fundamentadas.
- d. Respaldo (backing): No siempre es suficiente la garantía; pues en ocasiones será necesario demostrar que la garantía resulta válida, relevante y con suficiente peso y, en ese sentido, el proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra; respaldo que variará de acuerdo al argumento. Así en el ejemplo, podrían invocarse los arts. 124 y 236 del CPP, pero fundamentalmente el art. 115 de la CPE, en cuanto al debido proceso y la fundamentación como uno de sus elementos; igualmente podrá citar las normas internacionales sobre derechos humanos con relación a este derecho e inclusive los pronunciamientos de los organismos internacionales de protección y la jurisprudencia interna.

---

<sup>44</sup>Ibíd.

**Respecto a la fuerza de los argumentos**, Toulmin sostiene que los elementos de los argumentos permiten contar con un argumento válido o correcto; sin embargo, una cuestión distinta es determinar su fuerza, toda vez que la pretensión puede afirmarse con un grado de certeza que puede ser mayor o menor. En ese sentido, mientras que en la lógica deductiva el paso de una conclusión a otra tiene lugar de manera necesaria, en la vida práctica ello no suele ser así, por cuanto puede ser que las razones, la garantía y el respaldo presten a la pretensión un apoyo más débil, debido a la existencia de lo que Toulmin denomina cualificadores modales (qualifiers), como por ejemplo “con toda probabilidad”, “presumiblemente”, “según parece”, etc. Por otro lado, el apoyo a la pretensión puede estar sujeto a ciertas condiciones, lo que significa que determinadas circunstancias pueden socavar la fuerza de los argumentos, que son denominadas como condiciones de refutación.

Para Toulmin todos los elementos de la argumentación están conectados entre sí, por lo que entre ellos se funda una fuerte dependencia y en ese sentido, lo que unifica a la argumentación es el sentido común, pues todos los seres humanos tienen similares necesidades y comparten los fundamentos que necesitan para usar y comprender métodos similares de razonamiento<sup>45</sup>.

Atienza efectúa un balance crítico de la teoría de Toulmin y concluye que dicho autor, al igual que Viehweg y Perelman, constatan la insuficiencia de la lógica formal deductiva, para dar cuenta de la mayor parte de los razonamientos, pero que Toulmin, tiene una crítica más radical a la lógica formal, pues no pretende únicamente un modelo que sirva para el campo del derecho sino para la argumentación en general; en ese sentido, señala Atienza, se está frente a una verdadera teoría de la argumentación dotada de un notable aparato analítico y que ofrece una guía para el ejercicio práctico de la argumentación, mostrando además su carácter dialógico; sin embargo, considera que su análisis no es plenamente satisfactorio. Así, cuestiona hasta qué punto, con su teoría, se superan los esquemas habituales de la lógica, por cuanto, según Toulmin, el esquema de la lógica exhibe una estructura más simple que los argumentos utilizados en las diversas esferas de la argumentación; pues mientras la lógica sólo distingue entre premisas y conclusión (premisa mayor, premisa menor y conclusión), a él le parece relevante distinguir distintos tipos de proposiciones que cumplen funciones distintas en la argumentación: el respaldo, la garantía, las razones, los cualificadores, la condición de refutación y la pretensión; sin embargo, sostiene Atienza, en ocasiones es difícil diferenciar entre la garantía y el respaldo y, en los temas específicamente jurídicos, la distinción garantía/respaldo, trasladada al campo de la argumentación jurídica, “no muestra nada que no nos fuera ya conocido desde la perspectiva de la lógica deductiva (...) a saber: la existencia del silogismo práctico; la ambigüedad característica de los enunciados deónticos (que pueden interpretarse como normas o como proposiciones normativas); y la existencia, al lado de la justificación interna, de un esquema de justificación externa”<sup>46</sup>.

Atienza añade que es evidente que “la forma lógica habitual de representar los argumentos

---

<sup>45</sup>*Ibid.*, p. 87 y ss.

<sup>46</sup>ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 100.



no se suelen tener en cuenta todas estas circunstancias, pero eso no quiere decir que no se pueda hacer sin necesidad de salirse de la lógica deductiva”, pero concluye que la concepción de la argumentación Toulmin ofrece un esquema de representación de los argumentos que es interesante “porque incorpora muchos aspectos de la argumentación que, desde luego, pueden recibir una explicación desde la lógica, pero que la forma habitual —*lineal*, podríamos decir— de representar los argumentos de la lógica formal, no permite ver con claridad. En segundo lugar, el esquema de Toulmin pretende —y me parece que, en parte, lo consigue— una mayor aproximación de la que se logra con los esquemas habituales de la lógica formal, hacia las argumentaciones que tienen lugar en la realidad”<sup>47</sup>, pero además, incorpora la concepción de argumentación como interacción humana y no simplemente como lógica formal, aspecto que ha sido relevado por Habermas, al sostener que el planteamiento Toulmin permite una pluralidad de pretensiones de validez, en sentido que argumentar significa apoyar una pretensión con buenas razones.

#### **2.4.5. La teoría estándar de la argumentación jurídica. Robert Alexy y MacCormick**

Las teorías antes descritas han efectuado aportes a la teoría de la argumentación jurídica y, según Atienza, son precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica, que, “viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico”<sup>48</sup>. El mismo autor sostiene que en los últimos tiempos, dos de las teorías, las de Neil MacCormick y Robert Alexy, son las que generan mayor interés, han sido más discutidas y alcanzado mayor difusión y, por ello mismo, Atienza las denomina como “teoría estándar de la argumentación jurídica”

Ambas teorías fueron formuladas en el año 1978 y no obstante que los dos autores provienen de tradiciones filosóficas y jurídicas muy distintas (Así MacCormick, recibe la influencia de Hume, Hart y la tradición inglesa y escocesa del commonlaw, y Alexy, la influencia de Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana), llegan a formular concepciones de la argumentación jurídica esencialmente semejantes.

En virtud a lo expuesto, en el desarrollo del presente texto, se han utilizado muchos conceptos y categorías de la teoría estándar de la argumentación jurídica, y se seguirán usando en lo sucesivo, en especial en el tema vinculado a la argumentación jurídica en el ámbito de la decisión judicial, donde se analiza la argumentación normativa y la fáctica y se hace referencia a la justificación interna (o de primer orden) y a la justificación externa (o de segundo orden).

##### **2.4.5.1. La teoría integradora de MacCormick<sup>49</sup>**

La obra de MacCormick en la que se exponen sus tesis fundamentales se llama “Legal

---

<sup>47</sup>*Ibid.*, p. 101.

<sup>48</sup> ATIENZA, Manuel, p. 106.

<sup>49</sup> La exposición de la teoría de MacCormick, nos basamos en Manuel ATIENZA, en su obra... p. 107 y ss.



Reasoning and Legal Theory”, y en ella se explica de manera sencilla y clara su teoría que se caracteriza por ser integradora, al ser tanto descriptiva como normativa, da cuenta de aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de no deductivos, aspectos formales y materiales.

Para MacCormick, la argumentación jurídica cumple una función de justificación, inclusive cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo es posible persuadir cuando los argumentos se encuentran justificados; así, justificar significa dar razones que muestren que la decisión asegura la justicia de acuerdo con el derecho.

Como se tiene señalado, la teoría de MacCormick, no sólo es prescriptiva, sino también descriptiva; es decir que no sólo muestra las condiciones bajo las cuales se puede considerar justificada una decisión, sino también que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifican de acuerdo a ese modelo; además analiza los principales problemas que se presentan tanto en la argumentación normativa como fáctica.

La teoría integradora propuesta, parte por considerar que, por lo menos en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter **estrictamente deductivo**, siguiendo las premisas del silogismo jurídico (el hecho se subsume en el supuesto previsto por la norma y el juez aplica la respectiva consecuencia jurídica). Así, por ejemplo, el juez aplica la pena correspondiente al tipo penal homicidio al constatar que X mató a Y.

Ahora bien, para MacCormick, la expresión lógica es usada en dos sentidos distintos:

- a. En un sentido técnico, el de la lógica deductiva.
- b. En un sentido amplio, en el que la lógica equivale a lo justo; por lo que fallo carecerá de lógica, cuando la decisión sea inconsistente con las directrices generales o principios del derecho.

Conforme a ello, el razonamiento jurídico puede ser lógico en el segundo sentido, pero debe serlo también en el primero, pues lo mínimo que se debe exigir es que la resolución esté justificada internamente (justificación de primer orden), siendo ésta una condición necesaria pero no suficiente para la justificación externa.

Siguiendo con el razonamiento de MacCormick, éste señala los presupuestos y límites de la justificación deductiva, y para hacerlo, hace referencia a los casos fáciles y los casos difíciles. Así un primer presupuesto para la justificación deductiva es que **el juez debe aplicar las reglas del derecho válido**; un segundo presupuesto es que el juez debe **identificar cuáles son las reglas válidas**, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

Junto a los presupuestos anotados, la justificación deductiva tiene sus límites, en la medida en que la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear problemas, en los casos difíciles, en los que MacCormick identifica cuatro problemas: 1. Problemas de interpretación, 2. Problemas de relevancia, 3. Problemas de prueba y 4. Problemas de



calificación jurídica del hecho. Los dos primeros, afectan a la premisa normativa (argumentos normativos) y los dos últimos a la premisa fáctica (argumentos fácticos). Estos problemas serán explicados en la Unidad Didáctica 3 cuando se aborde el tema de la argumentación jurídica en el ámbito de la decisión judicial. Por ahora, basta señalar que los problemas de interpretación se presentan cuando la premisa normativa, la norma a aplicar, admite más de una lectura o interpretación; los problemas de relevancia hacen referencia a una cuestión previa a la interpretación, vinculada a la duda sobre la norma aplicable, en caso de antinomias normativas o cuando existen lagunas; los problemas de prueba están referidos al establecimiento de la premisa menor, a los hechos, y los problemas relacionados a la calificación jurídica del hecho; problemas que, por tanto, se encuentran en la premisa fáctica.

**Consecuentemente, en los casos difíciles no basta la justificación deductiva, sino que se deben utilizar otros argumentos**, de ahí que sea necesario justificarlos, primero, a partir del requisito de universalidad y segundo, que la decisión tenga sentido en relación con el sistema (lo que implica cumplir con los requisitos de consistencia y de coherencia) y con el mundo (argumento consecuencialista). Todos estos aspectos serán analizados cuando en el tema 3 se aborde la justificación interna y externa de las decisiones judiciales, sin embargo, con el ánimo de otorgar algunas pautas sobre estos criterios, debe señalarse que el requisito de universalidad –que está también implícito en la justificación deductiva– exige que para justificar una decisión normativa se cuente con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio (premis mayor del silogismo judicial), en el sentido que siempre que se den determinadas circunstancias (A,B,C,) debe tomarse una decisión X.

Así, si un caso es resuelto de determinada manera, tiene que asumirse la misma forma de decisión en el futuro, aclarándose, empero que es posible decidir casos a partir del principio de equidad sin que ello implique vulnerar el principio de universalidad, pues si bien dicho principio implica introducir una excepción a la regla general para evitar un resultado injusto, el criterio de la excepcionalidad debe valer también para otros casos que tengan las mismas características y en ese sentido, la equidad se dirige al carácter general de las reglas, no contra el principio de universalidad. La universalidad no tiene que darse únicamente en la premisa normativa, sino también en la fáctica, formulando así un enunciado de tipo universal en el que por ejemplo, a partir de las reglas de la experiencia, se concluya que siempre que se den los hechos A,B, C y D, es razonable suponer que X causó la muerte de Y.

Lo dicho hasta este momento queda en el ámbito de lo que MacCormick llama justificación de primer nivel, que coincide con la denominación de justificación interna; sin embargo, lo que queda ahora es justificar la elección de la utilización de una u otra norma general, lo que da lugar a la justificación de segundo nivel o justificación externa, que también será explicada posteriormente en el tema 3; empero, vale la pena señalar en este punto que las decisiones jurídicas, en especial las judiciales, tienen que tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico del que se trate como con el mundo. Así, respecto al sistema jurídico, las decisiones tienen que satisfacer el requisito de consistencia, es decir que no debe existir

contradicción con normas válidamente establecidas, pero además, con el requisito de coherencia, que se divide en coherencia normativa, cuando se subsume en una serie de principios o valores que resulten aceptables, en sentido que configuren una vida satisfactoria, bajo la idea que el derecho es una empresa racional, donde las normas no son consideradas aisladamente sino como conjuntos dotados de sentido; por su parte la coherencia narrativa vinculada a las cuestiones de hecho, que justifica que asumamos creencias —y rechazemos otras— en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional<sup>50</sup>.

Por otra parte, MacCormick considera esencial que las decisiones tengan sentido con el mundo; pues, si bien en la justificación de los casos difíciles lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios, incluyendo el uso de la analogía y argumentos consecuencialistas, son éstos, los que tienen que ver con que las decisiones tengan sentido con el mundo, dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia. La concepción consecuencialista utilizada por MacCormick está vinculada con los valores como la justicia, el sentido común el bien común o la conveniencia pública; en ese sentido, para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones substantivas: razones finalistas, en la medida en que la decisión promueve cierto estado de cosas que se considera valioso y razones de corrección, en la medida en que se considera buena o correcta en sí misma, sin tener en cuenta ningún objetivo ulterior.

Atienza efectúa un balance de la teoría de MacCormick, y concluye que la mayoría de los postulados elaborados por éste, han pasado a formar parte del acervo común de la argumentación jurídica y son mayormente compartidos por los teóricos del Derecho; sin embargo, la crítica se centra en las limitaciones que contiene debido a que su análisis se centra en la actividad de los tribunales superiores, que tocan aspectos de derecho, motivo por el cual descuida la argumentación fáctica. Otra de las críticas efectuadas por Atienza está referida al carácter ideológicamente conservador de su teoría, por cuanto da prioridad a la interpretación literal de la disposición legal y, por lo tanto, MacCormick parece sugerir que sólo en casos excepcionales podrían ser admitidas las decisiones “contra legem” cuando el texto contiene una contradicción lógica pero también cuando existe un “absurdo axiológico, esto es, cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara autofrustrante en relación con sus propios objetivos, o bien irrealizable, o fuera totalmente en contra de principios jurídicos o de la justicia en abstracto o del sentido común (...) De todas formas, MacCormick habla de esta última posibilidad con gran cautela y su misma aceptabilidad le parece que es algo controvertido”<sup>51</sup>

#### **2.4.5.2. La teoría jurídica como discurso racional: Robert Alexy<sup>52</sup>**

Alexy, formula su teoría en la obra “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del

---

<sup>50</sup> ATIENZA, p. 119.

<sup>51</sup> ATIENZA, Manuel, p. 143.

<sup>52</sup> Para la el resumen y sistematización de la teoría de Alexy, nos basamos en Manuel ATIENZA, en su obra..., p. 149 y ss.

discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, que fue desarrollada y precisada en artículos posteriores, pero no modificada. Como se señaló, su teoría coincide con la obra de MacCormick, con la diferencia que éste elaboró su teoría partiendo del análisis de las argumentaciones y justificaciones de las decisiones judiciales, en tanto que Alexy parte de una teoría de la argumentación práctica general que luego es proyectada al campo del derecho, concluyendo que en el discurso jurídico, la argumentación jurídica, es un caso especial del discurso práctico general, es decir del discurso moral. Si bien, como anota Atienza, la teoría de Alexy está más alejada del discurso práctico general -a diferencia de MacCormick- sin embargo, es una teoría más articulada y sistemática<sup>53</sup>. Alexy utiliza para la construcción de su teoría, diferentes fuentes, siendo la influencia fundamental, de acuerdo a Atienza, la teoría de Habermas, por ello, es indispensable hacer una referencia sintética a la teoría del discurso de dicho autor.

### - La teoría del discurso de Habermas

Para Habermas, las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente, mediante la fuerza del mejor argumento y, por tanto, el resultado del discurso práctico puede ser un resultado “racionalmente motivado”. Elabora su teoría consensual de la verdad, que se opone a la teoría de la verdad como correspondencia entre enunciados y hechos.

Así, de acuerdo a Habermas, para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, es indispensable hacer referencia al juicio de los otros, siendo la condición para la verdad de los enunciados, el potencial asentimiento de todos. En el ámbito jurídico, si bien en un sentido amplio, los enunciados normativos podrían ser falsos o verdaderos, en un sentido estricto sólo podrían ser considerados como correctos e incorrectos.

Habermas trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje. Según él, en todo acto de habla dirigido a la comprensión mutua, el hablante pretende una pretensión de validez, es decir, que lo dicho por él sea válido o verdadero (en un sentido amplio) y, específicamente, en el ámbito jurídico, que sea correcto. En los actos de habla consensuales, que tienen como meta obtención de un consenso o acuerdo, se reconocen cuatro pretensiones de validez:

- a. El hablante tiene que elegir una expresión **inteligible** para que el hablante y el oyente se entiendan entre sí.
- b. El hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional **verdadero** para que el oyente pueda compartir el saber del hablante.
- c. El hablante tiene que querer manifestar sus intenciones **verazmente** para que el oyente pueda aceptar su emisión.
- d. El hablante tiene que elegir una emisión correcta, de modo que hablante y oyente coincidan entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido.

En ese sentido, el hablante debe otorgar razones para fundamentar que sus aserciones son verdaderas, en el discurso teórico, o que una determinada acción o norma es correcta

---

<sup>53</sup> ATIENZA, Manuel, p. 149.



(discurso práctico). La argumentación no es, o no es únicamente, un encadenamiento de proposiciones, sino un tipo de interacción, de comunicación.

En términos de Habermas el discurso es esa forma “peculiarmente improbable” de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la “coacción no coactiva del mejor argumento” con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problemáticas. La suposición que lleva aneja tal acuerdo es que éste representa un “consenso racional”, esto es, un consenso que es resultado no de las peculiaridades de los participantes o de su situación, sino simplemente resultado de haberse sometido a sí mismos al peso de la evidencia y a la fuerza de la argumentación. El acuerdo es considerado válido no meramente “para nosotros” (los participantes de hecho) sino “objetivamente” válido, válido para todos los sujetos racionales (en tanto que participantes potenciales). En este sentido el discurso es, como Habermas dice, “la condición de lo incondicionado” (McCarthy, cit. por Manuel Atienza, Teorías de la Argumentación jurídica, p. 153)

Conforme a ello, la verdad de las proposiciones o la corrección de las normas, depende, en última instancia, del consenso que puede ser alcanzado por los participantes en el discurso, que se encuentran en **total libertad y simetría**. En ese sentido, para Habermas, la estructura de la comunicación deja de generar coacciones, únicamente cuando entre todos los participantes del discurso está dada una distribución simétrica de elegir y ejecutar actos del habla<sup>54</sup>. Estas exigencias de simetría y libertad formuladas por Habermas constituyen el contenido de las reglas del discurso racional que Alexy denomina reglas de razón<sup>55</sup>.

### - La teoría del discurso como teoría procedimental en Alexy

Alexy hace suya la teoría del discurso de Habermas, y formula reglas para el discurso práctico que debe presidir toda argumentación que pretenda calificarse como racional; **reglas que también presiden la argumentación jurídica en particular**, aunque, como se verá, esta también contiene reglas específicas. En su ámbito, de manera esquemática, a continuación se anotan las reglas y formas del discurso práctico general, que, se reitera deben ser observadas en la argumentación jurídica, para luego hacer referencia a las reglas específicas para este último tipo de argumentación.

## A. Las reglas y formas del discurso práctico general

### A.1. Reglas fundamentales

Las reglas fundamentales son una condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o de la corrección y, por ende, se aplican tanto al discurso teórico como práctico. Estas reglas son las siguientes:

<sup>54</sup> HABERMAS (1989), cit. por Atienza, p. 154.

<sup>55</sup> ATIENZA, *ibíd.*, p. 154.



- 1.1. Ningún hablante puede contradecirse (**Principio de no contradicción**)
- 1.2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree (**Principio de sinceridad**)
- 1.3. a. Todo hablante que aplique un predicado **F** a un objeto **A** debe estar dispuesto a aplicar **F** también a cualquier otro objeto (**Principio de universalidad**)
- 1.3. b. Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes. (**Principio de universalidad**)
- 1.4. Distintos hablantes no puede usar la misma expresión con distintos significados. (**Uso común del lenguaje**).

## **A.2. Las reglas de razón**

Alexy también identifica las reglas de razón que definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso. Estas reglas, definen un ideal y sólo se cumplen de manera aproximada:

2.1. Regla general de fundamentación, según la cual, todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar la fundamentación. Es esta la regla base de la que se desprenden otras:

2.1.1. Regla de admisión al discurso: Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso

2.1.2. Regla de libertad de discusión: Todos pueden problematizar cualquier aseveración; todos pueden introducir cualquier aseveración en el discurso.

2.1.3. Regla para la protección del discurso: A ningún hablante se le puede impedir ejercer sus derechos fijados en las reglas anteriores mediante coerción interna o externa al discurso.

## **A.3. Reglas sobre la carga de la argumentación**

Estas reglas son de carácter técnico destinadas a facilitar la argumentación:

3.1. Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

3.2. Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

3.3. Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contrargumentos.

3.4. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto.

## **A.4. Las formas de los argumentos:**

Alexy hace referencia a las formas de argumentos específicas del discurso práctico y sostiene que existen dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular N:



- Por referencia a una regla (R); supuesto en el cual, además de una regla, debe presuponerse también un enunciado de hecho que describa la aplicación de la regla.
- Señalando las consecuencias de N, sobreentendiendo la existencia de una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria o es algo bueno.

### A.5. Reglas de fundamentación

Las reglas de fundamentación se refieren de manera específica a la argumentación práctica y regulan la forma de desarrollar las reglas anteriores. Las reglas de fundamento son las siguientes, que se constituyen en variables del principio de universalidad:

**5.1.1. Principio de intercambio de roles:** Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

**5.1.2. Principio de consenso:** Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

**5.1.3. Principio de publicidad:** Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Alexy también anota a un segundo grupo de reglas de fundamentación que se dirigen a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual:

**5.2.1.** Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis *histórico-crítica*. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) Cuando, pese a que originariamente puede justificarse racionalmente, después ha perdido después su justificación, o b) Cuando originariamente no se pudo justificar racionalmente y tampoco se pueden aducir nuevas razones que sean suficientes.

**5.2.2.** Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación *histórico-individual*. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

La última regla garantiza el cumplimiento de la finalidad del discurso práctico, es decir, la resolución de las cuestiones prácticas:

**5.3.** Hay que respetar los límites de realizabilidad que ya vienen dados.

### A.6. Reglas de transición

En el discurso práctico, pueden surgir problemas que obliguen a recurrir a otros tipos de discurso (sobre los hechos, el lenguaje, por ejemplo), que da lugar a las siguientes reglas:

**6.1.** Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

**6.2.** Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de





análisis del lenguaje.

**6.3.** Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

## **B. Los límites del discurso práctico general**

Las reglas anotadas, no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica, debido a que algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada; no todos los pasos de la argumentación están determinados, todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, las cuales están determinadas históricamente y son variables. Por ello, es necesario establecer un sistema jurídico que sirva para cerrar esta “laguna de racionalidad”; así, el derecho resulta justificado discursivamente en su dimensión normativa (que incluye a las reglas y principios) cuando dentro de lo discursivamente posible aumenta la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas.

Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos que deben añadirse al discurso práctico general regulado por las reglas anteriores: **a.** La creación estatal de normas jurídicas, con la finalidad de seleccionar las normas discursivamente posibles y que no se fundamenten normas incompatibles entre sí, aclarando, empero que ningún sistema de normas jurídicas garantiza, por sí mismo, que todos los casos jurídicos puedan resolverse en forma puramente lógica, debido a la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas, del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles; por ello es justificado el siguiente procedimiento; **b.** Argumentación jurídica o discurso jurídico, que también tiene sus límites por cuanto no proporciona una única respuesta correcta para cada caso, por ello, es necesario un nuevo procedimiento que “cierra esta laguna de racionalidad”, que es **c.** El proceso judicial, pues una vez terminado este último procedimiento sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles.

## **C. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy**

Alexy sostiene que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, porque, se discuten cuestiones prácticas, se erige una pretensión de corrección (la justicia), y por ello se efectúa dentro de determinadas condiciones de limitación y de ahí que sea un caso especial. Así, una pretensión, para ser racional, debe fundamentarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. En ese sentido, el procedimiento del discurso se define por las reglas del discurso práctico general que han sido resumidas en el punto A de este apartado y, por reglas y formas específicas del discurso jurídico que expresan la **sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática**. Alexy, distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa.

### **C.1. Reglas y formas de justificación interna**

Alexy distingue una forma simple y otra más general en la justificación interna. La primera



está referida a los casos fáciles, en los que se efectúa la inferencia deductiva a partir de una norma, lográndose así que se satisfagan las siguientes reglas:

1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

La segunda forma de justificación se refiere a los casos complicados, en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva, consiguientemente, es necesario acudir a una forma más general de justificación interna con diversos pasos de desarrollo con la finalidad que la aplicación de la norma al caso no sea discutible. Así, se otorga el siguiente ejemplo adaptado a nuestras normas:

- a. Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de 30 años de presidio (norma)**
- b. Quien mata alevosamente, comete un asesinato.
- c. Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.
- d. Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.
- e. X mató a Y mientras este último estaba dormido.
- f. A X se le debe imponer la pena de 30 años de presidio (aplicación de la norma al caso)**

En el ejemplo, en esta segunda forma de justificación interna, se satisfacen las siguientes reglas adicionales de la justificación interna:

3. Siempre que exista duda sobre si  $a$  es un  $T$  o un  $M$ , hay que aducir una regla que decida la cuestión.
4. Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
5. Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

## C.2. Reglas y formas de justificación externa

La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas, que pueden ser de tres tipos: **1.** Reglas de derecho positivo (cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo a los criterios del sistema); **2.** Enunciados empíricos (que se justifican de acuerdo a los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba), **3.** Enunciados para cuya fundamentación se debe acudir a la argumentación jurídica, en concreto a las formas y reglas de la justificación externa; son los enunciados que implican una reformulación de las normas.

Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa, según que las misma estén referidas a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de precedentes, a





la argumentación práctica general (que se constituye en el fundamento de la argumentación jurídica y de las que ya se ha estudiado sus reglas y formas), a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos.

Estos aspectos serán analizados y desarrollados con mayor profundidad en la Unidad Didáctica 3; sin embargo, es pertinente hacer una referencia a dichos argumentos en el contexto de la obra de Alexy.

- **Reglas y formas de interpretación:**

Así, en cuanto a las reglas y formas de interpretación, sostiene que las interpretaciones de las normas jurídicas deben estar fundamentadas, distinguiendo seis grupos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos. Sostiene que el problema fundamental de los cánones de la interpretación consiste en que según se utilice unos u otros, se llega a resultados distintos, y que aunque no se pueda establecer una jerarquía clara entre los mismo, sí caben establecer ciertas reglas, como las siguientes:

- a. Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

Por ejemplo, podemos referirnos al art. 196 de la CPE que sostiene que en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

De acuerdo a dicha norma, se podría interpretar una norma constitucional de acuerdo a la voluntad del constituyente, por ejemplo, el carácter retroactivo de las normas penales sobre corrupción (art. 123 de la CPE).

Sin embargo, al ser la irretroactividad de la ley penal una garantía que está contenida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es posible interpretar dicha norma a partir de criterios específicos de interpretación de derechos humanos, como el de favorabilidad. Por tratarse de derechos humanos, se aplican prioritariamente el art. 256 de la CPE, argumento que tiene prioridad.

- b. La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.
- c. Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

- **Reglas de argumentación dogmática**



Con relación a las reglas de argumentación dogmática, Alexy formula también reglas para su uso:

- a. Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.
  - b. Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.
  - c. Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.
- **Reglas sobre el uso de los precedentes:**

Respecto a las reglas sobre el uso de los precedentes, Alexy señala que el mismo se justifica desde el punto de vista de la teoría del discurso porque el campo de lo discursivamente posible no podría llenarse con decisiones cambiantes e incompatibles entre sí, y que el uso del precedente significa aplicar una norma y, por ende, es una extensión más del principio de universalidad. Añade que la obligación de seguir el precedente no es absoluta, pues iría en contra de las reglas del discurso, pero la carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente. En síntesis, las reglas del discurso son las siguientes:

- a. Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.
- b. Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

En cuanto a los argumentos jurídicos especiales, Alexy incluye a tres que se utilizan en la metodología jurídica: el argumento a contrario, la analogía y la reducción al absurdo, al considerarlas como un esquema de inferencia válido lógicamente que es exigido por el principio de universalidad.

#### **D. Los límites del discurso jurídico**

Alexy reconoce que el discurso jurídico es limitado; pues si bien una solución que se hubiere alcanzado respetando las reglas antes señaladas es una solución racional; empero dichas reglas no garantizan que en cada caso se pueda llegar a una única respuesta correcta. Así, frente a un mismo caso, las reglas del discurso permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles, pero racionales; por cuanto el discurso se inicia sobre las convicciones fácticamente existentes de los participantes en el mismo, además, que algunas reglas del discurso no están determinadas y que sólo puedan ser satisfechas de manera aproximada; es más, ni siquiera en un discurso ideal, en el que se cumplieran todas las reglas, podría asegurarse que el discurso permitiera alcanzar un consenso, es decir una única respuesta.

Alexy concluye que la pretensión de corrección que plantea el discurso jurídico es limitada en el sentido que se efectúa bajo las exigencias señaladas por la ley, la dogmática y los precedentes y en general bajo los límites de las reglas del discurso jurídico; además, el resultado depende de los participantes en el discurso y sus convicciones normativas correspondientes; sin embargo, para Alexy, estas dificultades no desacreditan en absoluto la teoría del discurso porque su procedimiento cumple al menos una función negativa,



señalando límites que no pueden ser franqueados. Por otro lado, señala que sostener la tesis de la única respuesta correcta, como por ejemplo lo hace Dworkin, resulta equivocado, dado que se tendría que sostener una teoría fuerte de los principios que contuviera todos los principios del sistema jurídico en cuestión, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. En ese sentido, defiende una teoría débil de los principios.

Alexy, además argumenta en sentido que la argumentación se inicia con las convicciones normativas de los participantes fácticamente existentes, y la teoría del discurso es un procedimiento para su tratamiento racional, por lo que, **los valores últimos son también objeto de una discusión racional y pueden modificarse en el desarrollo del discurso.**

Entiende que una teoría de la argumentación jurídica sólo desplegará su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del derecho, por lo que la teoría debe unir el sistema jurídico como sistema de procedimientos y como sistema de normas y en este último debe mostrar que el derecho consiste no sólo en reglas, sino también en principios, entendidos estos, como ya se sabe, como mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, siendo su forma característica de aplicación la ponderación. En ese sentido, si bien no es posible la jerarquización de principios, es posible su aplicación ponderada para que sirvan como fundamento para las decisiones jurídicas.

#### **2.4.6. Las críticas de Atienza a la teoría estándar de la argumentación jurídica y su proyecto de una teoría de la argumentación jurídica**

Atienza formula críticas a la teoría de la argumentación jurídica, que pueden ser resumidas de acuerdo a lo siguiente:

##### **a. Sobre el objeto de la teoría de la argumentación jurídica**

De acuerdo a Atienza, la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre los hechos, y la teoría estándar se ocupa, casi con exclusividad de cuestiones de tipo normativo, dejando fuera del estudio la mayor parte de las argumentaciones que se producen fuera de los tribunales superiores, que es la argumentación sobre los hechos y que en muchos casos, también pueden dar lugar a argumentar sobre cuestiones normativas. En este sentido, señala que el estudio de este tipo de razonamiento jurídico debería conducir a una mayor aproximación hacia teorías que se desarrollan en otros ámbitos, como la argumentación científica y la argumentación de la vida ordinaria. Por otro lado, obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo debe desarrollarse en estrecho contacto con la teoría moral y la teoría del derecho, sino también con la sociología del derecho e investigaciones de tipo empírico.

Atienza también sostiene que la teoría de la argumentación jurídica tendría que dar cuenta no sólo de los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, sino también en la argumentación en el ámbito de la producción del derecho, con la

finalidad de introducir pautas en ese momento de creación normativa, pues si la ley, en términos de Alexy es una de las condiciones limitadoras del discurso jurídico, la racionalidad en la aplicación del derecho depende de la racionalidad en la legislación y que, por tanto, la argumentación del juez no es independiente de la que se desarrolla en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas.

Otra de las críticas está referida a que en la aplicación del derecho, la teoría estándar sólo considera el proceso que se denomina como adjudicación, es decir la aplicación de las normas jurídicas al caso, olvidando que la resolución de problemas jurídicos es el resultado de una mediación o negociación, lo que significa que un proceso no consiste ya simplemente en aplicar normas jurídicas, aunque estas sigan jugando un papel relevante. Así, sostiene que la racionalidad discursiva tendría que combinarse con la racionalidad estratégica, con lo que se produciría una aproximación con la argumentación que tiene lugar en el ámbito legislativo.

Atienza señala, además, que la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino que ha de ser también descriptiva y, en ese sentido, debe ser capaz de dar cuenta de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica, por lo que en el contexto de la justificación se necesita contar no sólo con criterios de cómo justificar las decisiones, sino también cómo se fundamentan, de hecho las decisiones tomadas; además, sostiene que el estudio de la argumentación no tiene por qué limitarse al contexto de la justificación, pues sería importante que se extendiera al del descubrimiento, abogando, entonces, por una relativización de la distinción entre esos dos contextos, analizando no sólo la forma en que fundamentan sus decisiones, sino cómo llegan, de hecho, a esa decisión (cuál el proceso argumentativo que les lleva ahí).

## **b. Sobre los problemas metodológicos**

Atienza sostiene que uno de los mayores defectos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es no haber elaborado un procedimiento que permita la representación adecuada de cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones; pues tanto MacCormick como Alexy recurren a la lógica formal deductiva, pero esta, por sí sola no es un instrumento suficiente para cumplir ese objetivo, porque en los procesos de argumentación jurídica juegan un papel fundamental los argumentos a favor de y o en contra de, que no pueden traducirse adecuadamente en términos de inferencia lógica. Así, el proceso de argumentación no es lineal, sino reticular (en forma de red), su aspecto no recuerda a una cadena, sino a la trama de un tejido.

En ese sentido, sostiene que una reconstrucción racional de todo el proceso de argumentación podría caracterizarse como una sucesión de los siguientes pasos:

1. Identificación del problema por resolver y determinar en qué sentido nos encontramos frente a un caso difícil. Partiendo de MacCormick, Atienza hace referencia a cuatro tipos de problemas jurídicos, que ya han sido mencionados y que serán desarrollados posteriormente, en la Unidad Didáctica 3: problemas de

relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso, problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso; problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

2. Una vez identificado el tipo de problema, se debe determinar si el mismo surge por insuficiencia de información (es decir, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí). Estos, de acuerdo a Atienza se vinculan con la consideración de la argumentación como un proceso de tipo informativo, en el que se parte de determinada información contenida en las premisas para llegar a una información de salida, que es la conclusión. **Sólo cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo;** aclarándose que normalmente se necesita argumentar en situaciones en las que la información de las premisas es deficitaria o bien excesiva para llegar a la conclusión deseada.
3. Construcción de hipótesis de solución para el problema, es decir construir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión; así, si es un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa debe consistir en una reformulación de la norma, para dar lugar a una nueva que resulte suficientemente amplia o precisa.
4. Se debe pasar a justificar las hipótesis de solución formulada, es decir, presentar argumentos a favor de la interpretación propuesta.
5. El último paso es el de las nuevas premisas a la conclusión.

Además de los pasos del proceso de argumentación, Atienza hace referencia a **los criterios de corrección** de dicho proceso, y sostiene que uno de los mayores méritos de la teoría estándar de la argumentación es su contribución a la elaboración de dichos criterios que tanto en el caso de MacCormick como en el de Alexy se condensan en la noción de racionalidad práctica. Sin embargo, anota Atienza, dicha noción resulta aun insuficientemente desarrollada, siendo la objeción fundamental que "(...) los criterios de racionalidad práctica son exclusivamente criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones o formas de argumentación. Pero el problema estriba en que, en relación con los casos difíciles, lo que suele ocurrir es que las diferentes soluciones (...) pasan ese test de racionalidad"<sup>56</sup>. En este sentido, frente a varias posibles soluciones, considera que se necesitaría extender la teoría de la racionalidad práctica para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con qué operar en casos difíciles. Así, concluye que "Una tal teoría,

---

<sup>56</sup> ATIENZA, Manuel, *Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 215.



por otro lado, no podría tener un carácter puramente o esencialmente forma, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral”<sup>57</sup>.

#### **2.4.7. A manera de reflexión**

Las diferentes teorías estudiadas, dan cuenta de los esfuerzos desplegados por la doctrina para otorgar racionalidad al discurso jurídico, fundamentalmente de los jueces al momento de resolver los casos, y sin duda los aportes, especialmente de la teoría estándar, son fundamentales para la argumentación racional del derecho y son un instrumento vital para la actividad jurisdiccional, en la medida que no sólo permiten a las autoridades judiciales ordenar y estructurar sus decisiones, con la finalidad que tengan una adecuada justificación interna, sino que, fundamentalmente, logran la obtención de mayores argumentos para su justificación externa y para ejercer el control racional de sus resoluciones.

Considerando todos los aportes antes señalados, en el siguiente tema, dedicado a la argumentación jurídica en el ámbito de la decisión judicial, se asumirán varios criterios de la teoría estándar, considerando, empero, las particularidades de nuestro sistema jurídico plural; pues si se parte de la afirmación de Alexy, en sentido que una teoría de la argumentación jurídica sólo desplegará su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del derecho, es indudable que la argumentación debe responder y ser coherente con las características de nuestro modelo de Estado.

En ese sentido, la construcción de una argumentación jurídica propia, es un desafío para el discurso jurídico en Bolivia y, en ese sentido, el desafío también se extiende a las juezas y los jueces de las diferentes jurisdicciones y, en ese sentido, en el próximo capítulo se otorgaran algunas pautas para la construcción de una argumentación jurídica plural, que además considere los enfoques de género y generacional.

---

<sup>57</sup>Ibíd.





## UNIDAD DIDÁCTICA 3

# LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

### 3.1. La justificación interna y externa de las resoluciones

Empecemos señalando que los ámbitos desde los que se puede llevar a cabo la argumentación jurídica son dos, el normativo y el fáctico, es decir, de los hechos. En el primero de ellos, es decir el ámbito normativo, el juez está obligado a argumentar sus decisiones desde las diversas premisas normativas con la finalidad de adecuar dichas decisiones al ordenamiento jurídico. Desde el ámbito fáctico, si bien el juez puede argumentar su decisión desde campos diferentes al jurídico como ser la economía, la sociología, la lingüística, etc., esto no implica que esta facultad sea discrecional sino que a partir del Estado Constitucional, en todos los casos, el juez deberá tomar en cuenta los postulados constitucionales.

Ahora bien, desde la teoría de la argumentación jurídica, tanto Alexy como MacCormick, conforme se ha visto, señalan que, al momento de argumentar las decisiones judiciales, se requiere una justificación interna o de primer orden y una justificación externa o de segundo orden. Así **se dice que un argumento está internamente justificado** si la conclusión puede inferirse de las premisas, lo que supone que esta justificación es de carácter formal (concepción formal de la argumentación); en tanto que la **justificación externa** hace referencia a la corrección material de las premisas a efecto de resolver, fundamentalmente, los casos considerados difíciles (concepción material de la argumentación). En ese sentido, conforme se ha señalado a lo largo del texto, es posible que existan decisiones judiciales internamente justificadas, es decir que sean lógicas porque la conclusión puede inferirse de las premisas, pero que materialmente no sean correctas, de donde se desprende que se puede afirmar que el argumento estará internamente justificado, pero externamente no (En ese sentido, puede reiterarse el ejemplo que se dio en el Tema 2 cuando se hizo referencia a la concepción formal y material de la justificación).

En ese orden, corresponde ahora explicar el ámbito interno y externo de la justificación, valiéndonos para ello de la teoría estándar de la argumentación jurídica, en especial de la teoría de MacCormick.

#### 3.1.1. Justificación interna o de primer orden

Como se ha podido inferir de lo precedentemente expuesto, el punto de partida de la justificación interna son las premisas, las cuales en la decisión judicial vienen a ser la premisa normativa y la premisa fáctica. La premisa normativa debe tener un supuesto normativo, una consecuencia jurídica y ser válida conforme al ordenamiento jurídico.



A su vez la premisa fáctica es una afirmación acerca de aquello que aconteció en el plano de los hechos; por ello, la justificación interna hace alusión a un procedimiento de tipo deductivo, en el cual se parte de una premisa mayor (normativa) una premisa menor (fáctica) y se obtiene una conclusión, lo cual implica que la premisa mayor viene a coincidir con una norma jurídica, la premisa menor con los hechos, y la conclusión con la decisión judicial.

En ese orden, la sentencia judicial estará argumentada racionalmente, desde el punto de vista de la justificación interna si existe reciprocidad lógica entre las premisas y la decisión. Por ende, si dicha relación se presenta de manera adecuada la argumentación ganará en calidad y racionalidad; si no es así, la argumentación jurídica pierde solidez. En este sentido y tal como señala Wróblewski, una decisión se encuentra justificada internamente si ha sido inferida de las premisas aceptadas por quien toma la decisión según las reglas de la inferencia que él considera válidas<sup>58</sup> o dicho en palabras de Manuel Atienzala justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva.<sup>59</sup>

Ahora bien, es evidente que el abordar a profundidad todas la teorías sobre la lógica y su aplicación en los argumentos jurídicos excedería el objeto del texto y del Módulo, sin embargo, es importante precisar que la lógica se ocupa de la justificación interna de los argumentos, no de su explicación o justificación externa, dicho de otro modo a la lógica le interesa cómo deben ser formulados los razonamientos para ser correctos, adoptando un triple sentido:

**a. Generalización:** La lógica se ocupa de los criterios de corrección de clases o tipos de argumentos, no de argumentos concretos (aunque puede ser usada para evaluar la corrección de argumentos concretos).

**b. Abstracción:** La lógica prescinde de las circunstancias contextuales del argumento (del contexto de descubrimiento) y de su contenido (esto es, de los significados de los enunciados).

**c. Atención a la estructura:** La lógica se ocupa exclusivamente de la estructura o forma de los argumentos. Un argumento es formalmente correcto o válido si tiene la estructura o forma adecuada.

Ahora bien, la lógica clásica tiene las siguientes características:

**1. Proposicional:** La lógica se ocupa sólo de proposiciones, que podrían ser definidas, de manera simple como el conjunto de palabras o de signos de los que nos valemos para expresar un pensamiento, que están sujetas a negación o afirmación. La proposición puede ser entendida como una oración de la que tiene sentido decir que es verdadera o falsa.

**2. Deductiva:** Se ocupa de las relaciones de deducibilidad entre proposiciones. Los

<sup>58</sup>WRÓBLEWSKI J, "Sentido y hecho en el derecho", *Doctrina jurídica contemporánea*, México DF., 2003.

<sup>59</sup> ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.



argumentos son lógicamente correctos si su forma es tal que respeta el “principio de deducibilidad”, de acuerdo con el cual, si las premisas del argumento son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera.

Es decir, entre las premisas y la conclusión de un argumento existe una relación de deducibilidad cuando no es posible -sin contradicción- afirmar las premisas y negar la conclusión. Lo que el principio de deducibilidad establece no es que las premisas o la conclusión sean realmente verdaderas, sino que si las premisas son verdaderas (o correctas), la conclusión ha de serlo también.

3. **Formal:** Para determinar si entre dos proposiciones se dan relaciones de deducibilidad, la lógica no atiende al contenido, sino a la forma, a la estructura del argumento (que viene dada por la función de algunas palabras del lenguaje como "y", "o", etc.)
4. **Simbólica:** La lógica se sirve de símbolos y variables que sustituyen el significado de las premisas. Así a la lógica le son comunes las reglas de las matemáticas en cuanto a las propiedades conmutativas de los números. De esta forma para la lógica formal no interesa la proposición como tal sino las relaciones que surgen entre las proposiciones.

De esta manera la denominada justificación interna tiene que ver con la validez lógica de las inferencias que llevan de las premisas a la conclusión de la decisión judicial y generalmente es suficiente en la resolución de los denominados casos fáciles que son aquellos en que no se plantean problemas ni en la premisa fáctica ni en la normativa. Así justificar internamente significa construir un silogismo, una deducción: lo que justifica la decisión<sup>60</sup>.

De esta forma el silogismo judicial es la estructura mínima de razonamiento lógico-formal, del que se hace uso, para lograr la justificación interna o lógica de una determinada decisión jurídica. El silogismo se convierte en un modelo lógico que nos permite verificar que determinado razonamiento es formalmente correcto, proporcionándonos la validez deductiva de la sentencia, de acuerdo al siguiente modelo:

<b>PREMISA</b> (Normativa)	<b>MAYOR</b> Quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y.
<b>PREMISA MENOR</b> (Fáctica)	X ha cometido un acto de la clase C"
<b>CONCLUSIÓN</b>	X será condenado a la pena Y".

Es así que una vez que un juez o un tribunal ha llegado a establecer, por un lado, la premisa normativa, por ejemplo, que quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y; y, por otro lado, la premisa fáctica, X ha cometido un acto de la clase C", existe una justificación interna de la conclusión: X será condenado a la pena Y". Así, como señala Manuel Atienza, justificar en este caso significa que el paso de las premisas a la conclusión

<sup>60</sup> ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit.

es lógicamente -deductivamente- válido. Quien acepte las premisas debe aceptar también la conclusión; o, dicho de otra manera, para quien acepte las premisas, la conclusión en cuestión está justificada. **A este tipo de justificación, de la que obviamente no puede carecer ninguna decisión jurídica, se le suele llamar justificación interna**<sup>61</sup>.

Ahora bien, conforme se ha señalado reiteradamente en este texto, en los casos en los que existan dudas en la norma o normas aplicables o en su interpretación, así como en la comprobación de los hechos (casos difíciles) la lógica deductiva no es suficiente. Como bien señala Atienza, la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación para los casos jurídicos fáciles o rutinarios, pero no para aquéllos **difíciles**, en los cuales no es posible fijar la premisa normativa, la premisa fáctica o ambas, **por lo que a la justificación interna debe añadirse una justificación externa o de segundo nivel; sin embargo es importante reiterar que si bien en los casos denominados difíciles la tarea de argumentar se centra en la justificación externa; empero, la justificación interna sigue siendo necesaria, pero pasa a un segundo plano de importancia.**

En síntesis la importancia práctica de la justificación interna proviene de la determinación de las premisas (premisa normativa y premisa fáctica) que es necesario realizar para luego verificar, si el paso de ellas a la conclusión tiene lugar de acuerdo a las reglas de la lógica. Estas premisas deben ser presentadas con la mayor claridad posible, explicitando todos los elementos esenciales<sup>62</sup> aún en los casos difíciles, pues en estos, si bien se utilizan diferentes argumentos **para la reconstrucción de las premisas normativas y fácticas**; empero, el resultado de dicha reconstrucción, luego será aplicado para resolver el caso y, por lo mismo también en estos supuestos, las decisiones judiciales deben estar internamente justificadas.

### 3.1.1.1. El principio de universalidad

Siguiendo el esquema propuesto por MacCormick, en la justificación de primer orden, **pero también en la justificación de segundo orden o justificación externa**, rige el principio de universalidad, lo que implica que la norma que se aplicará al caso analizado ha de ser universal, es decir, aplicable a casos similares, que tengan supuestos fácticos similares. Lo que podría formularse así: Si tratamos a X de tal manera, entonces todos los casos iguales a X han de ser tratados de igual forma; por tanto una decisión que viole tal principio debe ser rechazada.

Entonces, como se señaló cuando se efectuó la revisión de la teoría de MacCormick, **el requisito de universalidad, que está presente tanto en los casos difíciles como en los casos sencillos** (aunque en éstos de manera implícita), exige que para justificar una decisión normativa se cuente con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio (premisa mayor del silogismo judicial), en el sentido que siempre que se den determinadas circunstancias (A,B,C,) debe tomarse una decisión X. Así, el principio de

<sup>61</sup>Ibíd.

<sup>62</sup> Para Alexy en la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente. Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación*, op. cit., pp. 221-222.

universalidad opera hacia el pasado, pues los casos deben resolverse conforme se decidieron antes, pero también hacia el futuro, pues la misma regla debe ser aplicada a los casos futuros, lo que evidentemente nos permite hacer referencia a la predictibilidad de las resoluciones judiciales, en la medida en que las partes tienen certeza de la forma en que su caso será resuelto en virtud a los precedentes existentes.

En ese entendido, para Atienza, la universalidad implica que el criterio utilizado para construir la premisa normativa o ratio decidendi no puede ser ad hoc: “Si, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N’, es porque esa fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C”<sup>63</sup>.

Ello no implica que no se pueda cambiar de entendimiento, pues esto es posible, inclusive por el mismo juez, siempre y cuando fundamente su resolución y otorgue los argumentos necesarios para el cambio, pero además, en el marco de la progresividad y el principio de favorabilidad, el nuevo razonamiento y la decisión final no debe implicar una regresión y lesión a los derechos que se encuentran en juego. La nueva regla así creada, a partir del mismo principio de universalidad, tendrá que ser aplicada a futuros casos análogos.

Por otra parte, y como quedó precisado antes, es evidente que es posible decidir casos a partir del principio de equidad sin que ello signifique vulnerar el principio de universalidad. La equidad morigerará el rigor de la ley y permite fallar a partir del principio de justicia material y si bien ello supone introducir excepciones a una regla general, evitando resultados injustos, la nueva regla creada por excepción debe ser aplicada a los casos que presenten las mismas características y, por ello, no se quebranta el principio de universalidad.

Ahora bien, se aclara que el principio de universalidad no sólo se presenta en la premisa normativa, sino también en la fáctica, por cuanto, por un lado, la forma de valorar las pruebas y el resultado de dicha valoración y, por otro, la calificación jurídica, debe ser igual cuando se presenten los mismos hechos.

## PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD



**PREMISA NORMATIVA:** La regla que se utiliza debe ser aplicable a casos similares.



**PREMISA FÁCTICA:** La valoración de las pruebas y el resultado de dicha valoración así como la calificación jurídica debe ser igual cuando se presenten los mismos hechos

<sup>63</sup> ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit.



### 3.1.2. Justificación externa o de segundo orden

Para explicar la justificación externa o de segundo orden, que es aquella que se presenta en los casos difíciles, es necesario, previamente hacer referencia a los problemas que se presentan en estos casos:

#### 3.1.2.1. Los problemas que se presentan en los casos difíciles

Se ha señalado en el presente texto que MacCornick destaca cuatro problemas o insuficiencias graves que aquejan a los casos difíciles que únicamente pretendieran fundamentarse en la lógica deductiva. Estos problemas pueden estar vinculados a la premisa normativa, en cuanto a la relevancia e interpretación de la norma, o a la premisa fáctica referida a la prueba y a la calificación de los hechos.

**A. Problemas de relevancia:** Los problemas de relevancia se presentan cuando existen dudas sobre cuál es la norma aplicable a un caso; es decir cuando existen lagunas o antinomias normativas. En el primer caso, es decir lagunas normativas, los casos o conductas no se hallan reguladas por el Derecho, en otras palabras, no existe ninguna norma que contemple expresamente el supuesto de hecho que debe ser decidido o resuelto, por lo que la autoridad jurisdiccional deberá preguntarse sobre si cabe una argumentación analógica, es decir si cabe la aplicación de una disposición legal a un supuesto de hecho no previsto por ella.

**El argumento analógico, también denominado a pari o a simili,** puede ser considerado como un argumento de la interpretación extensiva pues se basa en hacer no una interpretación literal o estricta de la ley, sino extensiva<sup>64</sup>. Para la aplicación analógica es fundamental encontrar la “identidad de razón” que permite fundar la aplicación de las consecuencias jurídicas de la norma a un caso diferente pero parecido<sup>65</sup>.

En estos casos, corresponde argumentar por qué el supuesto no regulado puede ser incluido en el “**círculo de semejanza**” del supuesto de hecho contemplado en la norma; una vez que se encuentra justificado este extremo, y que se ha identificado la norma que será aplicada por analogía, la misma puede ser aplicada para resolver el caso y, en ese sentido, “la justificación interna ya puede desplegar toda su fuerza lógica deductiva”<sup>66</sup>.

Un problema de relevancia, en el que se aplicó el argumento analógico, puede encontrarse en la SC 562/2004-R, pronunciada dentro del entonces recurso de hábeas corpus en el que el recurrente, entre uno de sus argumentos, señaló que requisaron su habitación de hotel sin su consentimiento, recabando únicamente la autorización del propietario.

El Tribunal Constitucional, antes de resolver el caso, previamente se preguntó respecto al

---

<sup>64</sup> GASCÓN, Marina, *La argumentación en el Derecho*, op. cit., p. 202 a 203.

<sup>65</sup> TALAVERA, Pedro, op. cit., p. 233.

<sup>66</sup> *Ibíd.*





alcance de la protección contenida en el art. 21 de la CPE abrogada que establecía que “Toda casa es un asilo inviolable, de noche no se podrá entrar en ella sin consentimiento del que la habita, y de día sólo se franqueará la entrada a requisición escrita y motivada de autoridad competente, salvo el caso de delito 'in fraganti’”.

Posteriormente, el Tribunal se preguntó si resultaba necesaria o no la orden judicial de allanamiento para ingresar a una habitación de hotel destinada a facilitar el albergue temporal de las personas y, en ese sentido, aplicar la norma contenida en el art. 180 del CPP.

El Tribunal Constitucional, partiendo de la identidad de razón, tuvo el siguiente razonamiento:

“Del texto constitucional glosado se extrae que en el precepto, el domicilio (casa) (...) en coherencia con el sentido garantista del precepto constitucional, **abarca al espacio o ámbito físico en el que la persona desarrolla su vida íntima; por lo que desde tal perspectiva, comprende también al lugar de trabajo o los lugares de permanencia accidental.**

Consiguientemente, para ingresar a su interior, dentro del marco permitido por el orden **constitucional y legal, imprescindible debe contarse con el respectivo mandamiento de allanamiento librado por la autoridad judicial competente, no siendo suficiente la autorización del propietario del local o su administrador para proceder al allanamiento y posterior requisa y secuestro de los bienes u objetos que puedan encontrarse (...)**”

Ahora bien, otro problema de relevancia se da, como se tiene señalado, tratándose de antinomias, que se presentan cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible y, en ese sentido, la antinomia equivale a inconsistencia o contradicción<sup>67</sup>. La autoridad jurisdiccional, en estos casos, debe decidir cuál es la norma o normas aplicables al caso, recurriendo para el efecto a los tradicionales criterios de resolución de antinomia, como el criterio cronológico (la ley posterior deroga a la anterior), el jerárquico (la norma de rango superior prevalece con relación a la inferior), el de especialidad (la norma especial prevalece sobre la general)<sup>68</sup> y el de competencia.

Sin embargo, evidentemente pueden existir casos denominados por la doctrina como antinomias de segundo grado, en los que la incompatibilidad puede resolverse por aplicación de dos o más criterios con resultados diferentes, por ejemplo, una ley especial anterior y una ley general posterior, donde de manera simultánea concurren los criterios de especialidad y cronológico o cuando se trata de una norma especial pero inferior y una norma general pero superior, donde concurren los criterios de especialidad y jerarquía. En

---

<sup>67</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 125.

<sup>68</sup>TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 233.

estos casos se debe decidir cuál de los criterios se usará, y al no existir reglas, puede producirse una cierta discrecionalidad<sup>69</sup>; sin embargo, también es evidente que en estos casos la autoridad jurisdiccional tendrá que basarse en principios, adoptar la decisión que sea compatible con los derechos humanos, utilizando para el efecto los criterios constitucionalizados de interpretación de los mismos.

Así, un ejemplo claro de antinomias de segundo grado puede apreciarse en lo dispuesto por el art. 14 de la Ley 2033 de 29 de octubre de 1999, que modificó el art. 101 del CP, conforme al siguiente texto:

“Art. 101 (PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN). La potestad para ejercer la acción prescribe:

- a) En ocho (8) años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad de seis (6) o más de seis años.
- b) En cinco (5) años para los que tengan señaladas penas privativas de libertad menores a seis (6) y mayores de dos (2) años.
- c) En tres (3) años, para los demás delitos.

En los delitos sancionados con pena indeterminada, el juez tomará siempre en cuenta el máximo de la pena señalada.

**En los delitos de violación, abuso y explotación sexual, de los cuales las víctimas hayan sido personas menores de catorce (14) años de edad, excepcionalmente, no prescribe la acción hasta (4) años después que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad”.**

Nótese que dicha Ley fue sancionada cuando ya había sido promulgado el Código de procedimiento penal, Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 que en la Disposición Final Sexta, Derogatorias y abrogatorias, derogó el art. 101 del CP, con la aclaración que, de acuerdo a la Disposición Final Octava del CPP, dicha derogatoria tendría efecto al momento de la vigencia anticipada del Código, que tratándose de la prescripción, de conformidad a la Disposición Transitoria Segunda del CPP, estaba prevista para un año después de la publicación del CPP, es decir, el 25 de marzo de 2000.

Conforme a ello, en el presente caso existe una antinomia de segundo grado, pues, existe una ley especial (Ley 2033), que es posterior a la promulgación del Código de procedimiento penal (norma general), que modifica una norma contenida en el Código penal que fue derogada por el CPP; Código que, sin embargo, aún no estaba vigente en el momento de la promulgación de la Ley 2033. ¿Cómo se resuelve esta antinomia?

---

#### **Auto Supremo 584 de 23 de noviembre de 2010**

“...la nueva corriente doctrinal del Derecho Penal Internacional es rescatar el espíritu de la última parte del referido artículo 101, que prevé la prolongación del plazo prescriptivo en aquellos delitos sexuales donde el abuso del adulto haya sido perpetrado contra un menor de edad, donde el plazo empieza a transcurrir recién a partir del momento que el niño

---

<sup>69</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 126.

abusado haya alcanzado la mayoría de edad, con el fundamento de no dejar desamparados a las niñas, niños y adolescentes, víctimas de hechos que laceran sus vidas, y así otorgarles de manera real y justa, el derecho de no dejar sin castigo a los autores del abuso sexual infantil”

Dentro de las antinomias, también cabe hacer referencia a la “insuficiencia de criterios”, que son los supuestos en los que no se puede acudir a ninguno de los tradicionales criterios de resolución de antinomias. Así, se trata de dos normas válidas desde el punto de vista de la competencia, jerarquía y que no tienen entre sí una relación de generalidad/especialidad; supuestos en los cuales, el juez tiene varias posibilidades para resolver el conflicto; así, puede recurrir a los principios, efectuar una ponderación de los intereses en juego, acudir a criterios de interpretación de derechos humanos, etc; sin embargo, cabe señalar que cuando el conflicto se produce entre principios, los tradicionales criterios de interpretación para la resolución de conflictos no resuelven el problema, sino que deberá efectuarse un juicio de ponderación<sup>70</sup>.

**B. Problemas de interpretación:** En estos casos, los problemas surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso, y ello se explica por la ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico. En estos casos, entonces, la autoridad jurisdiccional debe atribuir u otorgar un significado o sentido a un enunciado jurídico que no es claro o que permite varias interpretaciones.

En estos casos, la jueza o el juez, debe interpretar la disposición legal a través de los diferentes métodos de interpretación que han sido estudiados en el módulo de interpretación legal y constitucional y, por ende, a él nos remitimos; sin embargo, es preciso reiterar que el resultado de la interpretación a la que se llegue con la utilización de los métodos de interpretación, no debe ser contraria a los principios y valores constitucionales y, como se verá luego, ese será uno de los criterios para analizar la corrección de la decisión judicial.

Cabe señalar que la interpretación que realiza la autoridad judicial tiene como objetivo otorgar a la disposición legal un determinado sentido normativo, lo que supone, la reconstrucción de la premisa normativa, la cual será aplicada al caso concreto.

**C. Problemas de prueba:** En la crítica efectuada por Atienza a la teoría estándar de la argumentación jurídica, éste señaló que la misma dedicó escasa atención a la argumentación jurídica fáctica, pues la preocupación se centró en la argumentación normativa y, fundamentalmente en la interpretación de las normas, sin embargo, como también se señaló, el juicio de hecho “es tan problemático o más que el juicio de derecho; que en él la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin el momento de ejercicio del Poder Judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario”<sup>71</sup>.

<sup>70</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 127

<sup>71</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, 364.

Ahora bien, los problemas de prueba afectan a la premisa fáctica y están referidos a la existencia de dudas respecto a si un hecho efectivamente ha tenido lugar. La premisa fáctica debe estar justificada y debe expresar una proposición verdadera que se corresponda con los hechos ocurridos. Así, es necesario que se desarrolle un test de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado y del presente<sup>72</sup>, que permita, mediante la acumulación de alguna prueba, conocer con “alto grado de probabilidad” lo que sucedió en el pasado.

En ese sentido, cabe señalar que la prueba y su valoración serán estudiadas en un módulo independiente; empero es indispensable que las autoridades judiciales presten atención a los principios constitucionales que sustentan la prueba, para efectos de su admisión y producción, así como a la valoración de la misma. Así, se pasan a analizar algunos aspectos fundamentales que deben ser considerados en la prueba.

- **El principio de verdad material:** Este principio se encuentra previsto en el art. 180 de la CPE, en virtud al cual la o el juzgador debe a buscar la paz social, la aplicación de la justicia y el respeto a los derechos humanos, buscando la verdad de los hechos, por encima de mecanismos formales o procesales, con la finalidad de que las partes accedan a una justicia material, eficaz y eficiente, procurando que el derecho sustantivo prevalezca sobre el formal (SCP 1662/2012). Así, el principio supone “la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que concierne a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos, a la persona encargada de juzgar a otro, o de definir sus derechos y obligaciones, arribando a una decisión injusta que no corresponda a los principios, valores y valores éticos instituidos en la Ley Fundamental y a los que todas las autoridades de todos los órganos de poder, están compelidos a cumplir; en ese sentido, es lógico que a fin de efectivizar una impartición de justicia menos formalista y procesalista, dando lugar a una material y efectiva, que respete los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, devenga la obligación de una correcta apreciación de los medios probatorios durante el proceso” (SCP 28/2015).

Conforme a ello, podríamos concluir que nuestra Constitución Política del Estado adopta una concepción cognocitivista de la prueba, que la concibe como un instrumento de conocimiento, es decir, como una actividad encamina a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos. En esta concepción “la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control”<sup>73</sup>, frente a ella, se encuentra la concepción persuasiva de la prueba que entienden que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable<sup>74</sup>.

<sup>72</sup>GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, 179.

<sup>73</sup>*Ibíd.*, p. 365.

<sup>74</sup>*Ibíd.*, p. 366.

Ahora bien, cuando se afirma que la premisa fáctica es verdadera, significa que los hechos descritos han existido o existen en el mundo, es decir que los hechos se corresponden con la realidad. Afirmar que la premisa fáctica está probada, significa que la verdad ha sido comprobada, es decir que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles. Como señala Marina Gascón, el concepto de verdad traduce, en relación con el de prueba, **un ideal**, y “en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido”<sup>75</sup>. Esta distinción, además, como señala la misma autora, hace evidente la necesidad de adoptar cautelas y garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.

En síntesis, de acuerdo a la Constitución Política del Estado, los procesos están regidos por el principio de verdad material y en ese sentido, se orientan a la comprobación de la verdad. Este principio, por otra parte, es aplicable a todos los procesos, aún en materia civil, pues si bien en este caso rige el principio dispositivo; empero, el mismo, debe ser comprendido de acuerdo a la luz de los principios y valores constitucionales, fundamentalmente el de verdad material, conforme lo ha entendido la SCP 121/2012 y la SCP 0410/2013, entre otras. En ese sentido, cabe apreciar el art. 1 del Código Procesal Civil boliviano que respecto al principio de verdad material señala que “la autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones para lo cual **deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no han sido propuestas por las partes**”.

Conforme a lo anotado, actualmente el juez –en las diferentes materias- está obligado a adoptar las medidas probatorias necesarias a efecto de la verificación de los hechos; toda vez que la intervención de la autoridad judicial es un deber que deriva del propio principio constitucional de verdad material contenido en el art. 180 de la CPE.

- **La valoración de la prueba:** De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la arbitraria valoración de la prueba, o la omisión en su valoración puede dar lugar a que las resoluciones judiciales sean denunciadas como lesivas al derecho y garantía al debido proceso. Así, la SC 965/2006-R, reiterada por muchas otras sentencias, entre ellas, la SCP 487/2014, señaló que la justicia constitucional puede revisar la valoración de las pruebas cuando: “(...) en dicha valoración: a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir (SC 0873/2004-R y 106/2005-R, entre otras), o b) cuando se haya omitido arbitrariamente valorar la prueba y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales (SC 129/2004-R de 28 de enero).

El principio de verdad material y la valoración de la prueba se relaciona

---

<sup>75</sup>Ibíd., p. 368.

directamente con los sistemas de valoración, que acuerdo a la doctrina pueden ser tres: sistema de pruebas legales o tasadas, el de pruebas libres o de libre convicción y el de la sana crítica.

**Sistema de pruebas legales o tasadas:** En este sistema, la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a un determinado medio probatorio<sup>76</sup>; el juzgador, por tanto, está constreñido a respetar las reglas de valoración establecidas en un determinado proceso y pueden negarse la justicia material porque sólo se respetó la verdad formal o procesal. Este sistema se originó en la edad media y aún pervive –como se verá– en el procedimiento civil –ahora abrogado– y es muy criticado por escaso margen de apreciación que al juzgador y la confianza ciega en el legislador, en la ley.

**Sistema de la libre convicción:** De acuerdo a este sistema, el juzgador no se apoya necesariamente en la prueba que se exhiben en el proceso, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes<sup>77</sup>. Conforme anota Couture en una conocida frase, “el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos”<sup>78</sup>. La libre convicción no se apoya, necesariamente en hechos probados, puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aún por su saber privado y tampoco es necesario que exista una construcción lógica perfecta, basta que el magistrado decida sobre una convicción moral de que los hechos ocurrieron de tal manera sin que sea necesario el desarrollo lógico de las razones que le conducen a dicha conclusión.

**Sistema de la sana crítica:** Este sistema es intermedio entre la prueba legal y la libre convicción; pues carece de la rigidez del primer sistema y la incertidumbre del segundo, es una forma de regular la actividad del juez frente a la prueba. De acuerdo a este sistema, intervienen en la apreciación de la prueba, **las reglas de la lógica y la experiencia del juzgador** y, en ese sentido, la actuación del juez no es discrecional o arbitraria; prima, pues, **la razonabilidad** de la valoración de la prueba, de ahí que también reciba el nombre de persuasión judicial; el juez tiene mayor libertad, respecto al sistema de la prueba tasada, pero también tiene mayor responsabilidad.

Hugo Alsina señala que las reglas de la sana crítica no son otras que las que prescribe la lógica y deriva de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio, en el mismo sentido, Couture define a las reglas de la sana crítica como “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la

<sup>76</sup>COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p.268.

<sup>77</sup>*Ibid.*, p. 273.

<sup>78</sup>*Ibid.*





sentencia”<sup>79</sup>.

La sana crítica “requiere que para juzgar se debe atender a la bondad y a la verdad de los hechos; luego, entonces, el razonamiento que atiende a estos valores debe realizarse sin vicios ni error; porque la concurrencia del vicio o del error es la negación no sólo de todo valor ético sino de la misma verdad histórica como finalidad específica del proceso. Como el procedimiento de valoración afecta bienes e intereses extremos, tutelados por normas de derecho público, el razonamiento por medio del cual el juzgador llega a la certeza para dilucidar el conflicto de intereses no puede expresarse sino en virtud de explicar los motivos que, racionalmente, llevan a la decisión que se vierte, y esta es la función de la “sana crítica””

Son dos las reglas a la que se sujeta la sana crítica:

1. La lógica: El razonamiento lógico se funda en principios lógicos que gobiernan el desarrollo del pensamiento, determinando su estructura y garantizando la producción de la verdad formal del proceso cognoscitivo, para llegar a la verdad material que debe surgir de los hechos. Conforme a ello, los principios lógicos son las leyes que gobiernan el pensamiento, siendo estos principios los siguientes: **El principio de identidad**, que sostiene que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; es decir que una cosa sólo puede ser idéntica a sí misma. Por ejemplo al razonar que un documento es público, no podrá afirmarse luego que el mismo no lo es; **el principio de contradicción** que sustenta que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo; una cosa o persona no puede ser y no ser al mismo tiempo en una determinada relación; así si se afirma algo de una persona, quien afirma no puede negar luego ese atributo, porque al afirmarse y negarse la característica de la misma cosa o sujeto, uno de los juicios sería falso; **el principio del tercero excluido**, que afirma que entre dos proposiciones, una que afirma y otra que niega, una de ellas debe ser verdadera; **de razón suficiente**, por la cual las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia.
2. Las máximas de la experiencia o reglas de la vida, son entendidas como “las normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”<sup>80</sup>; para Stein, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cit. en GONZÁLES CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Scielo, Revista Chilena de Derecho*. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006).

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> *Ibíd.*

En el caso boliviano se ha adoptado, en el derecho procesal penal, el sistema de la sana crítica, de conformidad a lo establecido en el art. 173 del CPP, que señala que “El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida”; en ese sentido, la SC 1480/2005-R, señaló: *“...el art. 173 del CPP establece: “El juez o Tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida”. Esto supone que el Código procesal penal asume el sistema de valoración de la sana crítica; lo que implica que la autoridad judicial a tiempo de dictar Sentencia debe considerar: las reglas de la experiencia, que son aquellas que conoce el hombre común; las reglas de la psicología referidas no a las normas elaboradas por ciencia conjetural de la psicología, sino a mínimos conocimientos; además de las reglas de la lógica, vale decir la regla de la identidad, la regla de contradicción, la regla de tercero excluido o la regla de razón suficiente”.*

En el ámbito civil, en virtud a lo previsto por el Código de procedimiento civil de 1976, así como todas las materias que se remiten a dicho procedimiento, dado el régimen de supletoriedad establecido en el art. 78 de la Ley 1715, Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, aún rige el sistema de tasación legal y, subsidiariamente el de la libre apreciación de la prueba.

Efectivamente, debe considerarse que el art. 1286 del Código Civil establece que “las pruebas producidas serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorga la ley, pero si ésta no determina otra cosa, podrá hacerlo conforme a su prudente criterio”. Por su parte, el art. 397 del CPC determina que *“I. Las pruebas producidas en la causa serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorgare la ley, pero si ésta no determinare otra cosa, podrá apreciarlas conforme a su prudente criterio o sana crítica. II. El juez tendrá obligación de valorar en la sentencia las pruebas esenciales y decisivas.”*

Sobre la valoración de la prueba en materia civil, y concretamente respecto al art. 397 del CPC, la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 0466/2013, ha establecido que de acuerdo a dicha norma, *“la tarea de valoración de la prueba, corresponde al juez la decisión sobre la legalidad, razonabilidad y pertinencia de las pruebas producidas en la causa por las partes, para lo cual, primero debe valorar las pruebas, otorgándole el valor que les otorga la ley; es decir, sometiéndolas al sistema de valoración tasada o legal; empero, si la ley no determina otra cosa, entonces, recién puede valorar las pruebas según su prudente criterio o sana crítica . Lo que significa que la libre valoración o la aplicación de la sana crítica en la valoración de las pruebas están supeditadas al silencio de la ley.*

*Con ello, esta norma (art. 397.I del CPC) evita que las normas legales de valoración de las pruebas, -documental, confesión, inspección judicial, peritaje, testificación- sean ignoradas por el juzgador, y le niega la posibilidad de ingresar directamente a aplicar la sana crítica y, por ende, evita que la actividad valorativa se rija por la arbitrariedad. Por lo que, la no*

***aplicación de las reglas o métodos de valoración de la prueba previstos en dicha norma procesal civil, hace que la decisión que asuma el juzgador en esta tarea sea ilegal y arbitraria.***

La jurisprudencia antes glosada, que apostaba por el sistema de prueba legal o tasada, con los grandes inconvenientes que la misma tiene, fue posteriormente modulada en la SCP 1631/2013 en la que se hizo una nueva interpretación del art. 397 del CPC y se hizo referencia a la razonabilidad en la valoración de la prueba, señalando que dicho artículo:

***“...establece un mandato para que el juez recurra a la valoración de la prueba que otorga la ley, pero si ésta no lo prohíbe el juez puede acudir a su prudente criterio o sana crítica. De ahí se evidencia que el art. 397 del CPC, dispone que es la propia ley la llamada a valorar las pruebas, pero que si esta resulta insuficiente es menester acudir a la sana crítica del juez, de dicha norma podría concluirse que es la propia ley la que hace una valoración de la prueba y de los hechos y que el Juez se encuentra obligado a subordinarse a la misma, apareciendo sólo en defecto o ausencia de pronunciamiento de ella. Sin duda alguna dicho planteamiento normativo tiene su génesis en una forma de ver el Derecho en la que predominan los siguientes criterios: i) El Legislador es el llamado a determinar la aplicación del Derecho en primera instancia, pues éste tiene la potestad de predeterminar cómo el juez tiene que valorar los hechos y el Derecho; ii) El Juez es un mero aplicador de la Ley y por ende debe agotar la interpretación de la realidad en los elementos valorativos preestablecidos por el Derecho; y, iii) El Juez es subsidiario a la Ley, pues ésta determina cómo se interpreta el Derecho y los hechos y si ésta no lo dispuso recién es posible que el Juez pueda utilizar su justa razón para interpretar.***

***Ahora bien, es necesario considerar que dicha norma es preconstitucional y por tanto debe interpretarse conforme al art. 180 de la CPE, que determina que uno de los principios que fundamenta la actividad de la jurisdicción ordinaria es el principio de verdad material misma que alcanza a la jurisdicción ordinaria civil que acerca la generalidad y abstracción de las leyes con la realidad tal como los seres humanos la perciben y el orden justo de cosas como principio orientador que debe guiar las decisiones de los órganos judiciales. En ese marco es que la configuración del principio de verdad material, tiene que ver con una visión antiformalista del Derecho en la cual si bien el Legislador o el Constituyente están habilitados a brindar criterios interpretativos o valorativos al juez, éstos no pueden predecir a través de mandatos normativos los resultados de una práctica hermenéutica-valorativa, por ello este principio se materializa en cuanto a que se exige a las autoridades judiciales en todas sus instancias acercarse lo más posible a la realidad y valorarla, para así adecuar las categorías jurídicas. Ahora bien, la sana crítica desde el punto de vista doctrinal es concebida como un punto intermedio entre lo que se denomina como prueba tasada o prueba legal y la libre convicción del juez, pues no cae en la absoluta rigidez formalista de reducir al juez a ser un simple reproductor de la actividad preprogramada del Legislador ni deja al juez en la discrecionalidad de valorar los instrumentos de prueba sin ninguna restricción.***

***Por lo señalado el principio de verdad material impele a las autoridades judiciales a***

*generar decisiones orientadas a resolver las problemáticas guiados por el valor justicia lo que no implica que las decisiones de los órganos jurisdiccionales estén investidas de subjetividad, es decir, el sujeto que interpreta y valora los hechos y el Derecho claramente es el juez y le corresponde en primera instancia valorar qué pruebas están sometidas a la valoración legal y cuales a la sana crítica y en su caso por las particularidades del caso concreto en virtud al principio de verdad material y el valor justicia apartarse de la tasación legal para resolver conforme la sana crítica efectuando la debida fundamentación de los motivos que le impulsan a apartarse de la prueba tasada de forma que para preservar la seguridad jurídica (SCP 0466/2013 de 10 de abril), la aplicación de la sana crítica es supletoria a la prueba tasada” .*

Conforme a dicha interpretación en virtud al principio de verdad material contenido en el art. 180 de la CPE, es posible que el juzgador se aparte del sistema de valoración tasada de la prueba, siendo empero su obligación explicar los motivos por los que adopta dicha determinación, lo que indudablemente nos lleva al tema de la valoración razonable de la prueba y la fundamentación de las resoluciones, que será explicada posteriormente.

Ahora bien, debe señalarse que el actual Código procesal civil, dejando atrás la prueba tasada o legal, establece el sistema de la sana crítica, que es un sistema de apreciación racional de la prueba. Así, el art. 145 de dicho Código, bajo el nombre de “Valoración de la prueba”, establece:

“I. La autoridad judicial al momento de pronunciar la resolución tendrá la obligación de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuales le ayudaron a formar convicción y cuales fueron desestimadas, fundamentando su criterio.

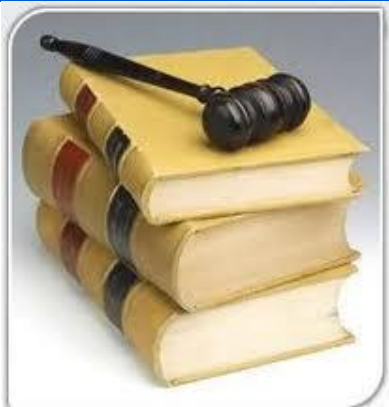
II. Las pruebas se apreciarán en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio, salvo que la Ley disponga expresamente una regla de apreciación distinta.

III. En la valoración de los medios de prueba, la autoridad judicial, **apreciará las mismas tomando en cuenta la realidad cultural en el medio probatorio”.**

El último párrafo del artículo citado, se vincula directamente con los principios y valores de nuestro sistema constitucional y, en ese sentido, por ejemplo, deberá considerar el carácter plurinacional de nuestro Estado, así como el principio de pluralismo, fundamentalmente el pluralismo jurídico, a efecto de considerar, en conflictos vinculados con la jurisdicción indígena originaria campesina o con comunidades o pueblos indígenas, los medios de prueba que ellos tienen a efecto de darle el valor correspondiente atendiendo a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos, además de no valorar monoculturalmente las pruebas, lo que implica que, evidentemente, no sólo deberá considerarse la experiencia del juzgador o las reglas de la vida, sino que deberán considerarse, fundamentalmente, las experiencias propias de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, en el marco de una valoración intercultural de las pruebas.

En ese sentido, debe hacerse mención a la SCP 0890/2013 de 20 de junio, pronunciada dentro de una acción de amparo constitucional en la que el accionante alegó vulneración de sus derechos a la propiedad privada, el trabajo, al comercio, seguridad jurídica, seguridad

## Valoración de la prueba



La valoración de la prueba se constituye en el núcleo mismo del razonamiento, que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos. La valoración de la prueba debe plasmarse en la decisión judicial.

personal, integridad física, libertad de residencia, permanencia y circulación, argumentando que fue víctima de avasallamiento arbitrario por parte de los demandados, miembros de una comunidad.

El Tribunal Constitucional Plurinacional denegó la tutela, partiendo del principio de igualdad jerárquica de sistemas jurídicos, entendiendo que el mismo “...no sólo implica igualdad en lo referente a la aplicación de las normas jurídicas (jurisdicción), sino que la igualdad se extiende a todo el sistema jurídico, es decir, a sus normas, a sus procedimientos, a sus autoridades y a todas las resoluciones que pronuncien y los actos que realicen; los cuales, en consecuencia, están dotados del mismo valor y la misma fuerza que los efectuados por las autoridades de la jurisdicción ordinaria”.

*Sobre la base de dicho razonamiento, la Sentencia que se menciona, analizando el caso concreto, concluyó que existían “...hechos que no se han acreditado debidamente, pues si bien el accionante ha adjuntado a su acción elementos probatorios proveniente del sistema jurídico ordinario que acreditarían el supuesto avasallamiento, la parte demandada también ha adjuntado documentación y certificaciones que acreditarían su posesión anterior a los supuestos hechos denunciados, y al abandono del predio que reclaman al accionante; documentación que fue otorgada por las autoridades del sistema indígena originario campesino, las cuales en el marco de lo señalado en el Fundamento Jurídico III.3. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional tiene igual jerarquía que las autoridades provenientes del sistema ordinario; consiguientemente, al existir controversia en las pruebas presentadas, este Tribunal no puede dar credibilidad a alguna de ellas en desmedro de las otras, pues eso implicaría lesionar el principio de igualdad jerárquica”.*

Conforme a lo señalado, es evidente que con la valoración de la prueba, y el sistema de la sana crítica adoptado en Bolivia tiene como objetivo atribuir a las pruebas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan, en ese sentido, “la valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos”<sup>82</sup>. Esta valoración, por otra parte, debe plasmarse en la decisión judicial; pues, como se verá en el último tema, la motivación de las resoluciones, hace referencia, precisamente, a los argumentos vinculados a la prueba y la calificación jurídica del hecho.

<sup>82</sup>Ibíd., p, 375.



**D. Problemas de calificación:** Estos problemas surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho, que no se discute, se encuentra o no en el campo de aplicación de un determinado supuesto de hecho de la norma. El análisis se centra en la correspondencia entre el supuesto de hecho (premisa fáctica) con el derecho (premisa normativa) y, en ese sentido, en la mayoría de los casos el problema radica en la vaguedad de las reglas generales, por lo que se podría sostener que en realidad se está ante un problema de interpretación en sentido estricto<sup>83</sup>.

Sobre el particular cabe señalar que en la calificación jurídica, se vislumbra la inexistencia de una separación radical entre premisa normativa y fáctica del razonamiento judicial, pues, como anota Uribe, “Determinar si el hecho X, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de la norma N es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma, por lo que los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación e interpretación aparecerán entrelazados”<sup>84</sup>.

Así, el mismo autor sostiene que lo afirmado altera la distinción tradicional entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho dimanantes de la teoría dogmático-procesal de la prueba judicial, y que, siguiendo a Wroblewsky, la diferencia entre conceptos de derecho y de hecho se relativiza cuando se desciende del nivel de la teoría abstracta al nivel de la práctica jurídica. Lo señalado es tan evidente, que es el caso concreto, el hecho, el que obliga a efectuar, en muchos casos, una interpretación de las normas jurídicas, de ahí que una norma, concebida de manera abstracta, puede que no presente ninguna dificultad ni que la misma sea vaga o imprecisa, pero relacionándola con el caso concreto, requiera una interpretación. **En última instancia, el sentido normativo que se le da a una disposición legal, nace del caso concreto y se formula también para el caso concreto.** De ahí que el uso del precedente implique que para aplicar una subregla o norma adscrita, necesariamente tienen que

## Problemas de calificación jurídica del hecho

El sentido y valor de los casos concretos, presionan sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada mediante “continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas” Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, p. 138.

<sup>83</sup>TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 235.

<sup>84</sup>URIBE, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”, p. 351. Disponible en versión digitalizada en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47/Prueba+y+argumentacion.+Un+discu+rso+iustilos%C3%B3fico+de+la+prueba.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47>.



presentarse los mismos supuestos fácticos o de hecho; pues la interpretación de la norma realizada por la autoridad judicial sólo podrá ser aplicada a casos futuros cuando se presenten similares o análogos hechos; salvo, claro está, en las sentencias interpretativas emitidas por la Corte o Tribunal Constitucional, en nuestro caso Plurinacional, en las acciones de inconstitucionalidad abstracta o concreta, por cuanto en dichas Sentencias, el Tribunal, con independencia del caso concreto, lo que hace es efectuar una interpretación de las disposiciones legales, otorgándoles un sentido normativo que tiene carácter erga omnes. Un ejemplo de ello es la SCP 770/2012 que interpretó el propio art. 123 de la CPE y la Ley 004, en sentido que la retroactividad en materia de corrupción sólo es posible cuando las normas sean favorables.

Esta relación entre lo fáctico y la interpretación de la norma también ha sido advertida por Zagrebelsy, quien afirma que la comprensión del caso presupone que se entienda su “sentido” y que se le dé un “valor”; entendiéndose por sentido a la conexión entre una acción y su resultado social, los efectos que puede producir; así, el hecho de procurar la muerte puede ser entendido en varios sentidos: como acción dirigida contra la degeneración de la especie humana (eugenesia), como acción destinada a evitar los sufrimientos (eutanasia), como instrumentos de guerra o como sanción de un delito (pena capital), etc. Con relación al valor, Zagrebelsky señala que una determinada comprensión de sentido dirige y condiciona la comprensión de valor de cara al juidi. Así, una determinada comprensión de sentido, puede propiciar, mejor que otras, diversos valores, y que la asunción de ciertos valores, puede hacer ver en los casos ciertos significados antes que otros<sup>85</sup>.

Entonces, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete “La categorización del caso a la luz de las mismas indicará así en qué direcciones y en vista de qué resultados deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada”<sup>86</sup>, añadiendo que una vez que a los casos específicos y concretos le sean atribuidas pretensiones de sentido y de valor anteriormente desconocidas, presionen sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada mediante **“continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas”**<sup>87</sup>.

#### RESUMEN PROBLEMAS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LOS CASOS DIFÍCILES

<i>Problemas vinculados a la premisa normativa</i>	<b>1. Problemas de relevancia que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso</b> <b>2. Problemas de interpretación que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso</b>
<i>Problemas vinculados a la</i>	<b>3. Problemas de prueba, que se plantean cuando existen</b>

<sup>85</sup>ZAGREBELSY, Gustavo, p. 137.

<sup>86</sup>ZAGREBELSY, Gustavo, *op. cit.* p. 136.

<sup>87</sup>*Ibíd.*, p. 138.



<i>premisa fáctica</i>	dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.
	4. Problemas de calificación que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma

### 3.1.2.2.Recapitulación

Con la finalidad de diferenciar adecuadamente los casos fáciles y difíciles, es posible concluir que, en los primeros (fáciles) será suficiente la aplicación de la norma jurídica al caso a través del uso del silogismo judicial; empero, en los casos difíciles, es imprescindible que la autoridad jurisdiccional realice una argumentación con la finalidad de establecer, en el ámbito normativo, qué norma debe ser aplicada al caso (problemas de relevancia) o interpretar la norma a través de los diferentes métodos de interpretación (problemas de interpretación) y, en el ámbito fáctico, determinar qué hechos se encuentran probados, cómo deben ser valorados (problemas de la prueba) y cuál es la calificación jurídica del hecho (problemas de calificación).

Es a partir de la argumentación que realice la autoridad judicial que, en la argumentación normativa, se precisará la norma aplicable o el sentido normativo de la misma; por lo que esta premisa normativa identificada o reconstruida se aplicará a los hechos establecidos con claridad y adecuadamente calificados. En ese sentido, la decisión judicial, aún en los casos en que la autoridad jurisdiccional utiliza otros argumentos para justificar su decisión, debe existir coherencia interna y correspondencia entre la premisa normativa, la fáctica y la conclusión a la que arribó el juzgador.



#### CASOS FÁCILES

- Simple aplicación de la norma jurídica al caso.
- La premisa fáctica no presenta problemas de relevancia, interpretativos.
- Tampoco existen problemas en la premisa fáctica
- Silogismo judicial



#### CASOS DIFÍCILES

- La autoridad jurisdiccional debe argumentar más allá de la lógica deductiva
- Se reconstruye la premisa normativa y la fáctica.
- A partir de la reconstrucción se exige coherencia interna y correspondencia entre la premisa normativa, la fáctica y la conclusión.

### 3.1.2.3. La Justificación externa o de segundo orden



Como se ha señalado, la justificación interna se ocupa de controlar la validez lógica de las premisas de los argumentos jurídicos y, en ese sentido estos estarán justificados internamente si la conclusión deriva lógicamente de las premisas, aún estas hubieran sido reconstruidas a partir de diferentes argumentos, en los casos difíciles. La **justificación externa, por su parte, se ocupa de controlar la adecuación o solidez de los argumentos utilizados en los casos difíciles**<sup>88</sup>; pues en éstos, conforme se ha visto, las disposiciones legales resultan insuficientes para fundar una decisión judicial y, por lo tanto la autoridad judicial argumenta sobre la forma en que una determinada norma, por ejemplo, ha de interpretarse, o cómo debe valorarse determinada prueba. En síntesis, en estos casos, se requiere valorar la argumentación realizada por la autoridad judicial para la reconstrucción de las premisas, y en ese sentido, conforme se ha visto, la teoría estándar ha otorgado criterios para determinar el valor de dichos argumentos.

Se han precisado los problemas que pueden presentarse en los casos difíciles, tanto en la premisa normativa como en la fáctica; por ello, es indispensable que se identifique con claridad el problema que se trata de resolver y en qué sentido nos encontramos ante un caso difícil. Así, Alexy señala que debe quedar claro qué premisas se deben justificar externamente<sup>89</sup>.

Conforme a ello, se reitera que el objeto de la justificación externa está constituido por los argumentos utilizados por la autoridad jurisdiccional que responden a los problemas identificados, para la reconstrucción ya sea de la premisa normativa o de la fáctica. En ese entendido, para la justificación de dichos argumentos es posible la utilización de las reglas de Alexy, que han sido resumidas en la Unidad Didáctica 2 o los criterios proporcionados por MacCormick, última opción que será asumida en el presente texto, dado que, conforme se ha señalado, es la que tiene mayor relevancia práctica para la actividad jurisdiccional, porque además, dichos criterios fueron tomados a partir del análisis de las mismas decisiones judiciales.

Así, MacCormick considera que justificar una decisión en un caso difícil significa, además de cumplir con el requisito de universalidad, -que, como se ha visto, se aplica tanto a la justificación interna como externa- constatar que la decisión tenga sentido tanto en relación con el sistema jurídico de que se trate, y en ese entendido debe ser consistente y coherente, como en relación con el mundo, lo que implica que debe contener argumentos consecuencialistas, conforme se pasa a explicar.

---

<sup>88</sup>MACCORMICK, N., *op. cit.* *Legal reasoning and legal theory*.

<sup>89</sup>ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 317.

## A. Principio de consistencia

Como se ha señalado, las normas de un ordenamiento jurídico pueden entrar en conflicto, es decir contener antinomias, las cuales se presenta cuando las normas contradictorias se refieren a un mismo supuesto de hecho y las soluciones, consecuencias jurídicas, son incompatibles entre sí. Frente a estas antinomias, se presentan los problemas de relevancia que han sido explicados precedentemente, en virtud a los cuales, la autoridad jurisdiccional debe establecer la norma válida que será aplicada al caso concreto. En ese entendido, una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas.

Entonces se concluye que las decisiones de las y los jueces deben ser consistentes con el ordenamiento jurídico, pues de no ser así, el o la jueza estaría dictando una sentencia contra legem, incumpliendo el Derecho e infringiendo el principio de legalidad<sup>90</sup>. En síntesis, dos normas son inconsistentes cuando son lógicamente incompatibles. Así, el ejemplo sencillo que otorga la doctrina es el siguiente: La norma dice que está prohibido fumar en clases y, no obstante ello, el o la docente deja que uno de los alumnos, por amistad, fume en clases; última decisión que es claramente inconsistente con la prohibición, con la norma general.

Ahora bien, como veremos en la coherencia, no es suficiente que la decisión sea consistente con el ordenamiento jurídico, sino también que sea compatible con los principios y valores, de ahí que si bien una decisión podría resultar, en inicio, contraria al texto de la ley, a partir de la interpretación que de la misma efectúe la autoridad jurisdiccional, puede encontrarse en armonía con los principios y valores constitucionales.

Por otra parte, debe señalarse que también es posible, conforme se ha dejó establecido cuando se abordó el criterio de universalidad, que la regla que se aplica al caso tiene que poder ser aplicada a todos los casos que presenten supuestos fácticos similares, pero que, a partir del principio de equidad es posible morigerar el rigor de la ley sin que ello implique lesionar el principio de universalidad, pues la nueva regla que se genere a partir de los criterios excepcionales que se presentaron en el caso, debe poder ser aplicada en el futuro. En ese ámbito, también será posible, a partir del principio de equidad, generar una regla que, en muchos casos, puede apartarse del principio de legalidad, pero que deberá estar

<sup>90</sup> GARCÍA FIGUEROZ, Alfonso, *op. cit.* p. 182.

### PRINCIPIO DE CONSISTENCIA



Las decisiones de las y los jueces deben ser consistentes con el ordenamiento jurídico, pues de no ser así, el o la jueza estaría dictando una sentencia contra legem, incumpliendo el Derecho e infringiendo el principio de legalidad.



**La coherencia normativa** exige que una norma o una serie de normas se puedan subsumir bajo unos principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables, en el sentido de que configuren, cuando se toman conjuntamente, una forma de vida satisfactoria. Principios y valores en el sentido de estado de cosas que se consideran deseables, legítimos y/o valiosos.

debidamente justificada y ser coherente con los principios y valores contenidos en la constitución.

## **B. Principio de coherencia**

Las decisiones tanto en relación con las normas como en relación con los hechos, deben ser coherentes. MacCormick distingue entre

coherencia normativa y coherencia narrativa.

### **- Coherencia normativa**

Exige que una norma o una serie de normas se puedan subsumir bajo unos de principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables, en el sentido de que configuren, cuando se toman conjuntamente, una forma de vida satisfactoria. Principios y valores en el sentido de estado de cosas que se consideran deseables, legítimos y/o valiosos<sup>91</sup> y que unifican el ordenamiento jurídico.

Así, MacCormick para ilustrar la idea de coherencia señala que si por ejemplo, una norma estableciera que los coches amarillos no pueden circular a más de 80 kilómetros, mientras que el límite para los coches de otros colores es, por ejemplo, de 100 kilómetros, resultaría incoherente, pues el color no tiene ninguna relación con los fines y valores que se persigue con la regulación del tráfico rodado (por ejemplo la seguridad); pero la situación cambiaría si existiera adicionalmente una norma que señalara que los coches que tengan un determinado número de años deben estar pintados de amarillo; por cuanto en este caso, la disminución de la velocidad estaría directamente vinculada con la posibilidad de que dichos autos puedan ocasionar algún accidente.

Conforme a ello, la coherencia normativa es un mecanismo de justificación porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional, porque está de acuerdo con la noción de universalidad, que permite considerar a las normas no aisladamente sino como conjuntos dotados de sentido, porque promueve la certeza del derecho, ya que la gente no puede conocer en detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios básicos y porque un orden jurídico contradictorio no permitiría guiar la conducta de la gente como lo hace el derecho.

La coherencia exige que si una norma ha sido interpretada de determinada manera, dicha interpretación debe mostrarse conforme, o lo más conforme con los principios y valores del sistema. Además, dado que existen múltiples principios y valores, la coherencia exige que la

<sup>91</sup>MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, op. cit.



### Coherencia narrativa

La coherencia narrativa es la propiedad de un conjunto de proposiciones fácticas que tienen sentido en su totalidad. Lo que hace que una historia sea coherente que sea explicable por un conjunto de principios de tipo causal y motivacional.

decisión sea compatible con el mayor número de principios<sup>92</sup>.

### - Coherencia narrativa

El test de coherencia narrativa justifica que se asuman creencias y se rechacen otras en relación con hechos del pasado, por considerar al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional<sup>93</sup>. La coherencia narrativa permite analizar los supuestos fácticos, a través de un test que relaciona determinado hecho con los demás, verificando si es coherente con los hechos probados. De esta manera a través del test de coherencia narrativa se justifica la determinación o no de la existencia de hechos probados o no probados. La justificación que se logra a través de la coherencia

narrativa es provisional, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se deriva de la percepción es incompleta y algunas percepciones son engañosas<sup>94</sup>. En ese orden, la coherencia implica que la justificación debe estar dotada de racionalidad ya que lo incoherente ofrece una justificación poco aceptable.

Según MacCormick, la coherencia narrativa es la propiedad de un conjunto de proposiciones fácticas que tiene sentido en su totalidad. De manera más precisa, lo que hace que una historia sea coherente, es el hecho de que sea explicable por un conjunto de principios explicativos de tipo causal y motivacional<sup>95</sup>. La coherencia narrativa juega una función muy importante en la justificación de los enunciados fácticos en el Derecho<sup>96</sup>.

### - Necesidad de precisiones sobre el principio de coherencia

De acuerdo a Atienza, la justificación a través de la coherencia diseñada por MacCormick, es una justificación formalista y relativa por cuanto sólo suministra una justificación débil pues ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo fuesen contradictorias<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> TALAVERA, Pedro, *op. cit.* p. 238.

<sup>93</sup> ATIENZA, p. 119.

<sup>94</sup> MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory, op. cit.*

<sup>95</sup> MACCORMICK, N, *Coherence in Legal Justification, op. cit.*, p. 50.

<sup>96</sup> A diferencia de MacCormick, otros teóricos del derecho han defendido una concepción más amplia de la coherencia narrativa según la cual la coherencia narrativa es un estándar de justificación jurídica que es relevante tanto en relación a cuestiones fácticas como normativas. El modelo narrativo de la decisión judicial de Bernard Jackson es un ejemplo prominente de este tipo de aproximación. Las principales tesis del modelo propuesto por Jackson son las siguientes: (i) la premisa mayor del silogismo judicial tiene forma narrativa; (ii) la premisa menor se construye también como una narrativa; y (iii) la relación entre la premisa mayor y la menor debe ser concebida como una relación de coherencia o de ajuste entre esquemas narrativos. Por lo tanto, según esta concepción de la decisión judicial, el proceso de toma de decisiones jurídicas consiste de manera principal en comparar la construcción narrativa de los hechos con el modelo narrativo que subyace a la norma jurídica aplicable. Jackson, Law, Fact, and Narrative Coherence, *op. cit.*, pp. 58-60.

<sup>97</sup> ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 119.



Efectivamente, frente al pluralismo axiológico, MacCormick sostiene que las cosas que son buenas, lo son en sentidos distintos y mutuamente no derivables y que, por tanto, diferentes planes de vida pueden asignar razonablemente diferentes prioridades a diferentes bienes, por lo que distintas opciones subjetivas pueden ser objetivamente razonables; frente a ello, ante un caso difícil caben diferentes soluciones razonables, pero como es necesario asumir una decisión, el criterio de corrección, como anota Atienza, terminaría siendo el de la autoridad, es decir, de quien dirime el caso “con la única condición de que caiga dentro del ámbito de las respuestas posibles a favor de las cuales pueden darse buenas razones independientemente de las preferencias de la autoridad o de la mayoría”<sup>98</sup>; sin embargo, la objeción fundamental que se formula a ello es que si en los casos controvertidos siempre existirán buenas razones a favor de las diferentes soluciones y que, por ende, se debe aceptar como correcta la del juez, la pregunta es ¿para qué sirve desde el punto de vista ideológico, una teoría como la de MacCormick sino para justificar lo que los jueces han hecho? Y en ese sentido, se señala, se debe buscar el concepto de razón práctica más allá de los requisitos de universalidad, consistencia y coherencia o introducirse alguna instancia de tipo objetivo que permita optar entre unos u otros valores y que muestre, por tanto las consecuencias más aceptables dentro de los límites establecidos por los requisitos antes señalados<sup>99</sup>.

Frente a la existencia de diferentes soluciones razonables, una buena vía de solución podría ser encontrada en la ponderación de principios, que permitiría la construcción de la coherencia a lo largo del proceso de decisión judicial por medio del balance de un conjunto de razones relevantes, sentido al que apunta la teoría de Alexy.

Así, se ha señalado de manera insistente que uno de los postulados del Estado Constitucional que marcan una modificación sustancial en la aplicación del derecho es la utilización del método de la ponderación antes que la subsunción; pues, en los casos en los que se enfrenten dos principios o valores, el juzgador debe ponderarlos para determinar, en el caso concreto, cuál tiene preferencia.

En el Módulo de Principios y Valores en la Administración de Justicia, quedó establecido que ponderar, siguiendo a Prieto Sanchis, es “buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”<sup>100</sup>, constituyéndose, por tanto, en un método para la resolución de “cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas”, conforme a ello, el juez se encuentra ante dos principios contradictorios, pero ninguno de ellos podría ser declarado inválido, y tampoco puede, de inicio, establecer una jerarquía inexistente, pues todos los principios, en abstracto, tienen igual jerarquía; sin embargo, el juez debe resolver el caso, formulando un “enunciado de preferencia condicionada”, a partir de una jerarquía móvil o axiológica, en términos de Guastini, para determinar, en el análisis del caso concreto, qué principio tiene preferencia. Así, “La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre

<sup>98</sup>Ibíd.

<sup>99</sup>Ibíd.

<sup>100</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., p. 212.



principios del mismo valor o jerarquía”<sup>101</sup>.

En ese sentido, debe recordarse que el derecho no sólo está conformado por reglas, sino también por principios y que si bien –como se tiene señalado- no es posible construir una teoría de los mismos que establezca una jerarquía estricta entre ellos si es posible establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada y que sirvan como fundamento para las decisiones jurídicas y no su uso arbitrario. Alexys sostiene que ese orden consta de tres elementos<sup>102</sup>:

1. Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga importancia para nuevos casos que se presenten; pues, como sostiene Alexy: “ Las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de un regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente”<sup>103</sup>, lo que significa que la ponderación efectuada en un caso concreto se constituye en un precedente que tendrá que ser aplicado a casos en los que se presenten supuestos fácticos similares y, en ese sentido, rige el principio de universalidad que ha sido explicado precedentemente .
2. Estructuras de ponderación, que deriva de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas, donde la ponderación postula un principio general, cual es el de la proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales expresan la idea de optimización<sup>104</sup>.

Así, los principios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las perspectivas fácticas. De acuerdo al principio de idoneidad, la medida limitadora de un principio debe resultar adecuada para la protección del otro principio que se encuentra en juego; por tanto, una medida limitadora no será idónea cuando no resulte apta para su protección y, al contrario, resulte perjudicial para el otro principio, sin ningún beneficio. Con relación al principio de necesidad, se debe buscar aquélla medida que resulte menos limitadora del principio, es decir, que si existen medidas menos lesivas, que podrían ser utilizadas con iguales resultados protectores, las mismas deben ser utilizadas sin ocasionar perjuicios o coste al otro principio.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, hace referencia a la optimización desde la perspectiva jurídica; principio que se expresa en esta ley de ponderación: “*Cuanto mayor será el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”, analizando

---

<sup>101</sup>*Ibid.*, p. 216.

<sup>102</sup> ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, p. 147. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>. También puede verse el resumen elaborado por Atienza, p. 175.

<sup>103</sup>*Ibid.*

<sup>104</sup> ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonbell, Leonado García Jarajamillo, Universidad Externado de Colombia, 201, p. 105.

tres aspectos: *“El grado de incumplimiento o menoscabo de un principio; luego se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio del contrapuesto, y finalmente se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro”*<sup>105</sup>.

3. Un sistema de prioridades prima facie: La prioridad establecida de un principio sobre otro, puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba y con ello el orden depende de la argumentación.

Alexy sostiene que el orden débil entre principios consta de tres elementos:

1. Un sistema de condiciones de prioridad
2. Estructuras de ponderación
3. Sistema de prioridades prima facie

Como afirma Alexy, el modelo de tres niveles del sistema jurídico (reglas, principios y teoría de la argumentación jurídica; última que dice cómo, sobre la base de los niveles anteriores es posible una decisión racionalmente fundamentada<sup>106</sup>) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero lleva a una mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo de racionalidad incorporado en el derecho moderno y, en particular, en el derecho de un Estado democrático y constitucional, que contiene una dimensión ideal -que no es otra que la pretensión de corrección que necesariamente plantean tanto las normas como las decisiones jurídicas- que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moral procedimental y universalista<sup>107</sup>

## C. Argumentación Consecuencialista

Conforme se ha señalado, una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo. De esta manera un argumento consecuencialista implica que el juez, para adoptar determinada decisión, debe ser consciente de las consecuencias que la misma va a generar, ya que ésta necesariamente se inserta en el complejo tejido de una sociedad.

Dicho de otro modo, la argumentación jurídica, dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia, es esencialmente una argumentación consecuencialista, en el entendido que toda decisión tiene un resultado y una consecuencia, que no son lo mismo, pues el resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida y las consecuencias son los estados de cosas posteriores conectados con el resultado, que se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pacífica, etc. Por lo cual no se trata únicamente de las consecuencias que puede tener la decisión para las partes en una ocasión

<sup>105</sup> *Ibíd.*, pág. 105.

<sup>106</sup> ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, p. 149.

<sup>107</sup> Cit. por AitENZA, *op cit.*, p. 176.



particular sino las consecuencias en el mundo<sup>108</sup>.

MacCormick señala que para justificar las decisiones judiciales en cuanto a las consecuencias, se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones finalistas, en virtud de las cuales una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso y razones de corrección donde una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior.

En resumen, es evidente que nadie puede negar la necesidad de que todas las decisiones jurídicas estén justificadas, en especial las judiciales. En ese orden las sentencias deben estar justificadas tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista lógico. Así, la racionalidad de la decisión judicial se manifestará desde dos dimensiones, una interna (justificación interna) y otra externa (justificación externa).

La primera se refiere a la racionalidad de las premisas de la decisión y utiliza el silogismo fundamental de la sentencia como instrumento de verificación. Mientras que la justificación externa fundamenta las premisas que se desarrollan en la justificación interna<sup>109</sup>.

### **3.2. Criterios a considerar en la construcción plural de la argumentación jurídica, a partir de las características de nuestro modelo de Estado.**

La justificación interna y externa de las resoluciones judiciales que ha sido expuesta en el punto precedente, evidentemente contienen importantes elementos que deben ser considerados para una corrección racional de la decisión judicial; sin embargo, es también cierto que toda teoría de la argumentación requiere ser construida a partir de las características de nuestro modelo de Estado y de los principios y valores constitucionales, más aun tratándose de las decisiones jurisdiccionales.

En ese entendido, como se señaló en temas anteriores, del presente texto, a partir de las características de nuestro Estado, la argumentación jurídica debe tener un evidente carácter plural, pues los argumentos que se utilicen en la decisión pueden provenir tanto del sistema ordinario como del sistema indígena originario campesino, en especial cuando están involucradas personas provenientes de una nación o pueblo indígena originario campesino, o cuando se analiza la supuesta lesión de derechos y garantías constitucionales en la jurisdicción indígena originaria campesina. En síntesis, la argumentación tanto jurídica como fáctica debe considerar el contexto cultural de la nación y pueblo indígena

---

<sup>108</sup>MacCormick para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: **razones finalistas**, en virtud de las cuales una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso y **razones de corrección** donde una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior.

<sup>109</sup> El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna ALEX Y Robert, *op. cit.* p. 222.



originario campesino.

Ahora bien, no es propósito del texto dar un modelo de argumentación jurídica plural, pero sí otorgar algunos criterios que tienen que ser considerados para la construcción de las decisiones judiciales, que tomen en cuanto, por una parte, el carácter constitucional de nuestro Estado y por otra, el carácter plurinacional, plural intercultural y comunitario del Estado boliviano, que vendrían a ser las pautas propias que otorgan un nuevo contenido plural a la argumentación jurídica.

**3.2.1. Criterios desde el carácter constitucional del Estado:** Conforme se ha visto, la teoría estándar reflexiona a partir del modelo de Estado constitucional y, en ese sentido, los criterios desarrollados por dicha teoría deben ser considerados para la justificación interna y externa de las resoluciones judiciales; sin embargo, es pertinente, a manera de reforzar la justificación externa de las resoluciones, poner énfasis en las siguientes características de nuestro modelo, que deben ser consideradas a momento de elaborar los argumentos, en especial en los casos difíciles:

- **El bloque de constitucionalidad y la comprensión integral de los derechos humanos** contenidos en Pactos Internacionales sobre derechos humanos, que implica que los parámetros de toda argumentación, sea normativa o fáctica, deben tener como parámetro de evaluación, el desarrollo normativo y jurisprudencial tanto de las normas constitucionales como de las que conforman el bloque de constitucionalidad.

- **Los criterios constitucionalizados de interpretación de los derechos humanos**, que condicionan la justificación externa de las resoluciones judiciales a que se adopten criterios como el de interpretación pro persona, principio de progresividad, directa justiciabilidad de los derechos entre otros, que ya han sido estudiados en anteriores módulos. Conforme a ello, para analizar la coherencia de una resolución, indudablemente que se debe hacer un examen de la decisión considerando los criterios de interpretación que han sido señalados por el constituyente, que son, a su vez, un límite a la actividad jurisdiccional del juez o jueza.

- **En el marco de los derechos humanos, análisis de los casos a partir de enfoques diferenciados**, tratándose de poblaciones o grupos vulnerabilizados; por ejemplo, el enfoque generacional (tratándose de niñas, niños y adolescentes, así como de personas adultas mayores), la perspectiva de género (tratándose de mujeres y poblaciones LGBTI) el enfoque intercultural (tratándose de pueblos indígenas y sus miembros); asimismo, supone adoptar, cuando corresponde, un enfoque interseccional para el tratamiento de casos en los que se cruzan dos o más categorías sospechosas.

---

**Sobre el enfoque interseccional puede revisarse la SCP 0010/2018-S2, en la que se analizaron los criterios que deben ser considerados para la detención preventiva de las personas adultas mayores.**

---

Cabe mencionar, de manera expresa a la argumentación con perspectiva de género, que se encuentra detallada en la Segunda Parte del Protocolo para juzgar con perspectiva de género, cuyas particularidades se especificarán cuando se desarrolle el esquema argumentativo que se propone.

- **La especial relevancia de las normas principios plurales** (en la dimensión amplia que ha sido explicada en el Módulo Principios y valores en la administración de justicia y el sentido que le otorga la SCP 112/2012) para la: **a.** La interpretación de las disposiciones legales; **b.** La ponderación de los principios.

**3.2.2. Criterios desde el carácter plurinacional, intercultural y comunitario de nuestro Estado:** Conforme a las características que han sido resaltadas en anteriores módulos y, en especial, en el Módulo de Pluralismo Jurídico, se propugna la construcción de un sistema jurídico plural, en el que, a partir del principio de interculturalidad sea posible la construcción de una argumentación jurídica propia, plural, que supone la incorporación en el sistema ordinario de criterios provenientes del sistema indígena originario campesino, en el marco de la formulación de un nuevo derecho que se construya a partir del interrelacionamiento e interacción de ambos sistemas

Este ambicioso proyecto, implica cuestionar la forma en que se interpreta la norma y que se argumenta, incorporando la propia metodología indígena en las decisiones judiciales; proyecto que, sin embargo, no puede ser asumido en este texto, pero sí es posible recordar algunas pautas que fueron desarrolladas en el Módulo de Pluralismo Jurídico. Para el efecto es necesario hacer referencia a dos supuestos en los que de manera necesaria y obligada la autoridad judicial debe acudir al contexto cultural de los pueblos indígenas para aplicar el derecho: **1.** En los supuestos en que los miembros de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos sean sometidos a la jurisdicción ordinaria, y **2.** En los casos en los que se deba analizar, en sede constitucional, la lesión a derechos y garantías.

Sin embargo, antes de resumir, de manera específica, las formas de argumentación en los supuestos antes señalados, es pertinente que se efectúe una introducción al tema a partir de los alcances de los principios de pluralidad y pluralismo previstos en el art. 1 de la CPE, pues los mismos, no sólo suponen aceptar la diversidad de sistemas jurídicos, económicos, políticos, entre otros, sino también **la pluralidad epistemológica**, bajo el entendido que no sólo los conocimientos o “saberes” son plurales, sino también las formas de aproximarnos al conocimiento.

Conforme a ello, no existe una sola forma de conocer, sino múltiples posibilidades que fueron negadas a partir del colonialismo y que han sido



explicadas en el debate latinoamericano sobre la modernidad/colonialidad, en especial, las vinculadas a la colonialidad del poder, que hace referencia a una estructura específica de dominación a través de la cual fueron sometidas las poblaciones nativas de América, en la que, de acuerdo a Aníbal Quijano, los colonizadores españoles entablaron con los colonizados una relación de poder fundada en la superioridad étnica y epistémica de los primeros sobre los segundos<sup>110</sup>. Así, de acuerdo a Quijano, la colonialidad del poder consiste en una colonización del imaginario de los dominados, recayendo la represión ante todo sobre los modos de conocer, de producir conocimiento, símbolos, modos de significación; en síntesis se trató de conseguir que se naturalizara el imaginario cultural europeo como forma única de relacionamiento con la naturaleza, con el mundo social y con la propia subjetividad.

Así, la colonialidad del poder hace referencia a la manera cómo se intentó eliminar las muchas formas propias de conocer de los pueblos originarios y sustituirlas por otras nuevas *“que sirvieran a los propósitos civilizadores del régimen colonial; apunta, entonces a la violencia epistémica, ejercida por la modernidad primera sobre otras formas de producir conocimientos, imágenes símbolos y modos de significación. Sin embargo, la categoría tiene otro significado complementario. Aunque estas otras formas de conocimiento no fueron eliminadas por completo sino, a lo sumo despojadas de su legitimidad epistémica, el imaginario colonial europeo ejerció una continua fascinación sobre los deseos, las aspiraciones y la voluntad de los subalternos”*<sup>111</sup>, a ello, Castro Gómez añade como otra característica de la modernidad, la generación de conocimientos que se elevaron a una pretensión de objetividad, cientificidad y universalidad.

En ese marco, es evidente que el despojo de la legitimidad epistémica de las formas de producir conocimiento no logró eliminarlas por completo, y prueba de ello es que al interior de los pueblos indígenas se reproducen los saberes ancestrales y, en el ámbito jurídico, se sigue un “procedimiento” propio para la averiguación de la verdad, lo que supone que los pueblos indígenas tienen su propia forma de acercarse al conocimiento de los hechos y, por tanto, de “argumentar” y decidir, los cuales, en el marco del pluralismo jurídico con igualdad jerárquica diseñado en nuestra<sup>112</sup> Constitución, deben ser respetados.

Es precisamente ese procedimiento de acercarse a los hechos, esa forma de argumentar, la que difiere sustancialmente del modelo occidental cuyo paradigma es la razón y la lógica. Así, Josef Estermann señala que el acceso del ser humano andino a la realidad no es la razón “sino una serie de capacidades no racionales (que no son irracionales) desde los sentidos clásicos, sentimientos y emociones, hasta relaciones cognoscitivas para-psicológicas (presentimientos,

<sup>110</sup> CASTRO GÓMEZ, Santiago, *La poscolonialidad explicada a los niños*, Editorial Universidad del Cauca, Instituto Pensar, Universidad Javeriana, 2005, p. 58.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>112</sup> ESTERMANN, Jose, *Filosofía Andina*, Instituto Superior Ecuaménico Andino de Teología, La Paz, 2009, p. 115.

afectaciones psico-somáticas, comunicación telepática). El runa/jaqi 'siente' la realidad más que la 'conoce' o 'piensa'. La razón es una ayudante o un complemento que sólo tiene 'razón' en la medida en que el conocimiento adquirido pueda ser corroborado por la capacidades no racionales"; añadiendo posteriormente que la racionalidad andina -entendiendo racionalidad como la forma de concebir la realidad, interpretar la experiencia, la vivencia, un modo integral de entender los fenómenos, un modelo de representar el mundo<sup>113</sup>- no tiene una concepción racionalista o empirista de las ciencias, sino que considera el saber cómo el conjunto de la sabiduría colectiva acumulada y transmitida a través de generaciones; saber que no es el resultado de un esfuerzo intelectual, sino el producto de una experiencia vivida amplia y meta sensitiva<sup>114</sup>.

El mismo autor, sostiene que aunque la lógica ha sido la piedra angular para la validez universal del pensamiento occidental, no se puede inferir a priori que sus principios lógicos sean de valor supra-cultural o súper cultural y, en ese sentido, se hace referencia a una lógica andina - concibiéndola como un vocablo que indica la estructura básica de cierto pensamiento- que tiene varios principios, entre ellos, el de relacionalidad, por el cual se afirma que todo está de una u otra forma relacionado, vinculado con todo; principio del cual emana el de correspondencia, según el cual los distintos aspectos, regiones o campos de la realidad se corresponden de una manera armoniosa; así, existe correspondencia entre la realidad cósmica (*hanaq o alax pacha*) con la realidad terrenal (*kay o aka pacha*), la vida y la muerte, lo bueno y lo malo, etc.; el principio de complementariedad, según el cual los entes y acciones existen con su complemento específico, que los hace plenos y completos, enfatizando así la inclusión de los opuestos, complementarios en un ente completo e integral; principio de reciprocidad, por el cual el principio de correspondencia se expresa a nivel pragmático y ético: a cada acto corresponde como contribución complementaria un acto recíproco<sup>115</sup>.

Estos principios se manifiestan en la ética andina o ruwanasofía o lurasofía , donde existe una diferencia fundamental con el énfasis occidental en la distinción entre el ser y el deber ser y el 'ser como ser relacional' que en la filosofía andina es a la vez deber ser, es decir un orden normativo; desde esta perspectiva, las proposiciones descriptivas (correspondientes al ser) son a la vez prescriptivas y performativas<sup>116</sup>, así, el estado fáctico de la realidad es una norma que implica una cierta forma de actuar y relacionarse. Desde la lógica occidental, conforme se ha visto, la inferencia del ser al deber es considerada como una falacia naturalista, más no así desde la cosmovisión andina, por cuanto la ética andina no es una reflexión sobre la normatividad del comportamiento humano, sino

---

<sup>113</sup>*Ibíd.*, p. 100.

<sup>114</sup>*Ibíd.*, p 119.

<sup>115</sup> Para ampliar este capítulo sobre los principios de la lógica andina, véase ESTERMAN, Jose, *op. cit.*, p. 123 y ss.

<sup>116</sup> Las proposiciones performativas, no se limitan a describir un hecho, sino que por el mismo hecho de ser expresado se realiza el hecho.

sobre su estar dentro del todo holístico del cosmos; así, el pensamiento indígena es más un pensar del estar que del ser, es decir de la concreción de la existencia dentro de la múltiples relaciones. “La ética trata de ‘estar en el mundo’ (...) pero no en un sentido existencialista o fenomenológico, sino en un sentido pachasófico, estar dentro de pacha<sup>117</sup>.”

Bajo dichos presupuestos, la ética andina tiene como fundamento axiológico el orden cósmico, la relacionalidad universal de todo lo que existe, que obedece a los principios de correspondencia, complementariedad y reciprocidad, siendo el esquema básico espacial: arriba-abajo, izquierda-derecha, donde el ser humano se halla insertado y cumple la función específica de ser cuidante del orden pachasófico. “La ética aplica los principios lógicos a la conservación y perpetuación de ese orden, para lo cual el principio (ético) de la reciprocidad es trascendental. En sentido cósmico este principio significa: a la ‘bondad’ pachasófica (o ‘natural’) del orden cósmico corresponde, como retribución recíproca, una cierta manera de ser (mejor de ‘estar’) y actuar que conserva y dinamiza este orden”<sup>118</sup>.

Bajo lo señalado, la ética andina no toma al ser humano como medida de todo o fin en sí mismo, como lo hace la ética occidental, sino que su dignidad excepcional radica en un lugar predilecto dentro de la totalidad de las relaciones cósmicas, que tiene la función de conservación y perpetuación mediante la presentación ritual y ceremonial, por lo que no es un fin en sí mismo sino “una co-finalidad cósmica. El ser humano es ‘parte’ intrínseca del cosmos (pacha), esto justamente le da su dignidad y posición excepcional. La ética entonces ‘juzga’ cada elemento de acuerdo a su conformidad con el orden cósmico”<sup>119</sup>, en ese sentido, el ser humano debe asumir su responsabilidad como complementaria y recíproca; por ello, Esterman plantea el principio ético andino de la siguiente manera: “Actúa de tal manera que contribuyas a la conservación perpetuación del orden cósmico de las relaciones vitales, evitando trastornos del mismo”.

Considerando lo señalado anteriormente, es evidente que a partir de la teorías de la argumentación jurídica que han sido estudiadas, que parten de la “racionalidad occidental”, es difícil, sino imposible, justificar las decisiones asumidas en la jurisdicción indígena originario campesina, de ahí la pertinencia de construir, como se tiene señalado, una argumentación plural, y ese ha sido un reto para el Tribunal Constitucional Plurinacional, que a partir del “pensamiento propio y decolonial” de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, ha propuesto una metodología para la “argumentación” de las decisiones judiciales pronunciadas dentro de las Consultas de las autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto,

---

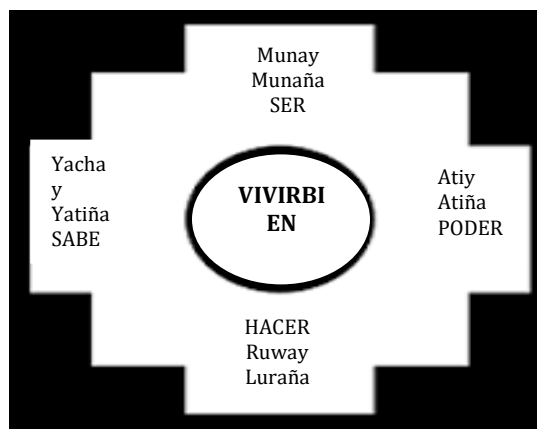
<sup>117</sup>*Ibid.*, p. 247.

<sup>118</sup>*Ibid.*, p. 249.

<sup>119</sup>*Ibid.*, p. 251.

partiendo de la Chakana<sup>120</sup>, que permite ahondar y comprender desde cuatro dimensiones o ámbitos: ser, saber, hacer y poder, la cosmovisión de los pueblos indígena originario campesinos<sup>121</sup>, bajo el entendido que “para comprender los saberes y conocimientos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, es preciso hacerlo desde su propio camino o thakhi que es la metodología de la chakana”, que orienta hacia la totalidad<sup>122</sup>.

Así, la propuesta se orienta en las cuatro dimensiones de la chakana cuyo contenido esencial consta de cosmovisión, ritualidad y espiritualidad (ser sentir), saberes ancestrales (saber); prácticas y experiencias concretas (hacer) y las formas propias de autodeterminación y autogobierno (poder). La complementariedad y el equilibrio de estas cuatro dimensiones hacen una completitud<sup>123</sup>



Así, con relación a la dimensión del ser, la metodología plantea, en el caso específico de las Consultas, la visita a los achachillas o sayjatas cercanas para solicitar el permiso o licencia a todas las deidades menores y mayores del Ayllu o Marka, para el buen augurio; dimensión que permite visualizar el problema y reflexionar comunitariamente (diagnóstico comunitario)

En la dimensión del saber, se recurre a las diversas fuentes de información para comprender los saberes y conocimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en el que intervienen las autoridades originarias o

<sup>120</sup> La Chakana, también denominada jacha'aghana, se refiere a la cruz del sur, que “tiene la facultad de articular, ampliar y totalizar dimensiones que han sido fragmentadas por la razón-lógica (sentimiento, pensamiento, práctica y poder), su forma cíclica, trastoca la linealidad del pensamiento occidental; la fractalidad de cada dimensión permite la producción y reproducción de la vida en el taypi o centro cimentada en el vivir bien (...)”. La chakana se constituye en el símbolo ordenador/programador/planificador de las acciones de la vida de los pueblos de la civilización andina, es el puente que conecta las dimensiones de la materialidad y la espiritualidad que se comparte de forma privada y comunitaria, y donde se expresan las energías del día y de la noche; del ser o jaqi que procesa todas esas energías para la vida; las de alaxpacha/ de la altura y maqapacha/profundida (...)” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, UNIDAD DE DESCOLONIZACIÓN Informe técnico sobre la metodología de la Chakana y su aplicación a la Consulta de AIOC”

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 8.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, p. 8.



personas mayores y si esto no es suficiente se acude a la comunidad.

En la dimensión del hacer se efectúa el análisis y la búsqueda del consenso, con la finalidad de resolver el conflicto. El diálogo es realizado comunitariamente entre las y los magistrados, las autoridades indígena originario campesinas y la comunidad, es decir todos quienes intervienen en la consulta. Es en la reunión comunal donde se deben expresar los argumentos de restablecimiento del equilibrio y la armonía perdida, a partir del uso de herramientas e instrumentos como diálogo comunitario, observación y diálogo territorial y documentos de la comunidad; luego, en la segunda etapa se efectúa el análisis y reflexión multidisciplinaria hasta lograr el consenso comunitario de la solución del problema o caso.

En la dimensión del poder, una vez logrado el consenso en la comunidad, se pronuncia la decisión judicial orientada a la restitución del equilibrio y la armonía para retornar al vivir bien.

Conforme se aprecia, la riqueza de la metodología propuesta consiste en el diálogo comunitario, e independiente de que hubiera sido diseñada para un proceso específico, como es la Consulta de las autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto, es evidente que dicho diálogo comunitario podría ser utilizado por las autoridades jurisdiccionales que actúan como jueces constitucionales, en el ámbito de las acciones de defensa, cuando en ellas se cuestione las decisiones de las autoridades indígena originario campesinas por supuesta lesión de derechos y garantías en la aplicación de sus propias normas. En ese sentido, lo que se pretende es la intervención de las autoridades judiciales en la comunidad, a objeto de conocer su cultura, sus normas y procedimientos, su forma de resolver los casos para analizar conjuntamente el problema y llegar a una conclusión respetando la metodología propia de las comunidades o ayllus.

Considerando todos los argumentos señalados, es evidente que las características que derivan de nuestro Estado Plurinacional, Intercultural y Comunitario, implican que la argumentación jurídica desde la “racionalidad” occidental, debe ser modificada en los siguientes casos –sin perjuicio que a partir de la construcción de un nuevo derecho, pueda extenderse a otros - y de acuerdo a las siguientes pautas, que, se reitera ya fueron estudiadas en el Módulo Pluralismo Jurídico y que están contenidas en el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario. A continuación un resumen de dichos criterios:

**1. Cuando algún miembro de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos sea sometido a la jurisdicción ordinaria:** En este supuesto, corresponde que las autoridades jurisdiccionales:

**1.1.** Efectúen una interpretación intercultural tanto de la premisa normativa proveniente del sistema ordinario, como de la premisa fáctica.

Así, conforme quedó establecido en el Módulo Pluralismo Jurídico, el art. 8 del Convenio 169 de la OIT establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; en el mismo sentido, el art. 9 del Convenio señala que “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, y el art. 10 que determina que “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Normas que en sede interna han sido desarrolladas tanto por el art. 391 del CPP<sup>124</sup> que establece que tanto el fiscal como el juez deben ser asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas, y que antes de dictarse sentencia el perito elaborará un dictamen para conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento para fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; así como por el art. 159 de la Ley de Ejecución Penal Supervisión<sup>125</sup> que determina que cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla con la finalidad de la pena y se respete la identidad cultural del condenado.

**1.2.** El proceso mismo de interpretación intercultural del derecho no debe limitarse, como lo establece el art 391 del CPP a la presencia de un perito especializado, sino que, a partir del respeto a los principios, valores, y la cosmovisión de los pueblos indígenas, debe implicar un proceso de relacionamiento con dichas autoridades, no sólo respecto a la interpretación intercultural misma del supuesto de hecho contenido en la disposición a aplicar, sino también la consecuencia jurídica prevista en la disposición legal, así como la interpretación de los hechos. En ese sentido, corresponde convocar a una autoridad o ex autoridad de la comunidad, conforme lo exige el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario.

---

<sup>124</sup> Dicha norma establece:

“Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales:

- 1) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y
- 2) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente”.

<sup>125</sup> Dicha norma determina que: Cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla con la finalidad de la pena y se respete la identidad cultural del condenado.



---

**Ambos criterios permitirán medir la coherencia de la decisión con los principios de pluralismo jurídico e interculturalidad y los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.**

---

**2. Cuando se deba analizar, en sede constitucional, la lesión a derechos o garantías en la jurisdicción indígena originaria campesina:** Supuesto en el cual, corresponde a las autoridades jurisdiccionales que actúan como jueces y tribunales de garantías:

**2.1. Efectuar una interpretación intercultural de los derechos y garantías** para determinar si la aplicación de las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinas al caso concreto que se analiza, ha lesionado los derechos y garantías señalados en la acción de defensa.

Nótese que en este caso, se hace referencia a las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos –y no a las normas del sistema ordinario- cuya aplicación tiene que ser analizada por la justicia constitucional, lo que supone una mayor intromisión por parte de las autoridades jurisdiccionales a los sistemas de justicia indígena originario campesinos, pues ya no se trata de interpretar interculturalmente las normas del sistema ordinario, sino los derechos y garantías para, a partir de ellos, de manera indirecta, juzgar las normas del sistema indígena originario campesino.

Está claro, entonces, que a la autoridad jurisdiccional que actúa como juez o jueza constitucional le corresponde efectuar una argumentación plural de los derechos y garantías, que históricamente han sido construidos desde una perspectiva occidental y que, por tanto requieren de una construcción plural a partir de la propia experiencia y vivencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Entonces, la premisa normativa estará dada por las normas constitucionales y convencionales que contienen el derecho alegado como lesionado y la premisa fáctica por los hechos que se denuncien como lesivos a los derechos y garantías.

En algunos casos, la interpretación intercultural de los derechos y garantías es suficiente para resolver el caso, sin embargo, en la mayoría de los supuestos, tendrá que efectuarse, adicionalmente, una ponderación intercultural de los derechos y garantías.

**2.2. Efectuar una ponderación intercultural de derechos y garantías** en los casos en que exista colisión entre el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a ejercer sus sistemas jurídicos y los derechos individuales; en este supuesto la autoridad jurisdiccional debe partir, necesariamente de una interpretación intercultural, tanto de

los hechos como de los derechos, para luego efectuar la ponderación intercultural, cuyos criterios básicos fueron desarrollados en la SCP 0778/2014, que ya fue estudiada, pero que vale la pena recordar en lo que respecta a los dos parámetros del paradigma del vivir bien, que además deben ser analizados en el marco de un diálogo y procedimientos interculturales: **1.** El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionada con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, y **2.** El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos naciones indígena originario campesinos.

Conforme se observa, tanto en el primer parámetro como en el segundo, es indispensable conocer las normas y procedimientos propios, así como los principios propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinas para comprender la medida asumida a partir de su contexto cultural, lo que sólo se logra a partir de un verdadero diálogo comunitario.

**2.3. Procedimientos y argumentación plural:** Tanto el proceso de interpretación intercultural del derecho y los hechos, como el de ponderación intercultural debe ser adoptado de manera plural, y en ese entendido, se impone la necesidad de respetar sus propias formas de conocer y de aproximarse a la verdad que tiene la nación y pueblo indígena originario campesino; por ello, conforme se ha señalado en el anterior punto, la autoridad jurisdiccional debe participar, junto con las autoridades indígena originario campesinas y en su caso, con la comunidad, en un diálogo intercultural, adoptando una solución de manera consensuada.

Entonces, debe hacerse énfasis en la posibilidad de construir la decisión judicial de manera consensuada entre las partes intervinientes, respetándose las características propias de la nación y pueblo indígena correspondiente y su metodología de análisis, a través de procedimientos que no son rígidos, y que están orientados a la restauración de la armonía y el equilibrio, en los que generalmente, se llegará a una solución consensuada, que es, además, una de las características del sistema indígena originario campesino.

Bajo estos supuestos, conforme se señaló en anteriores Módulos, se siguen los criterios señalados por Raquel Yrigoyen, que ha establecido que la solución de conflictos entre derechos colectivos e individuales, debe ser realizada a partir de: una ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural, atendiendo a las distintas visiones culturales e intereses de las partes; la presencia de los pueblos indígenas en la definición e interpretación de los derechos; la existencia de mecanismos que permitan las soluciones negociadas,

esto es, “que los procedimientos no sean rígidos y orientados a la adjudicación de derechos perdedor o ganador...” y que los procedimientos estén orientados a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados y no así a la sanción de las autoridades originarias<sup>126</sup>.

### 3.3. Hacia una reconstrucción práctica de la argumentación jurídica sobre la base de las teorías estudiadas y las características de nuestro modelo Estado

Las teorías estudiadas y, en especial, la justificación interna o de primer orden y externa o de segundo orden de las teorías estándar de la argumentación jurídica, así como la propuesta desarrollada por Atienza, respecto a los pasos de todo el proceso argumentativo, podrían ser reconstruidas, de un modo práctico para la labor de las juezas y los jueces, a partir del siguiente esquema, que incorpora la dimensión plural y la perspectiva de género en la argumentación jurídica, conforme se ha explicado en líneas precedentes:

**3.3.1. Identificación de problema jurídico que se va a resolver:** Una adecuada argumentación parte de una correcta identificación del problema jurídico que se le plantea a la autoridad jurisdiccional, y que viene dado por los hechos que se discuten en la demanda, recurso o acción, el derecho en el que se ampara, que comprende tanto el argumento como el respaldo legal del mismo y la petición contenida en la demanda, recurso o acción. Trilogía que podría ser graficada de la siguiente manera:



Los hechos, el derecho y el petitorio, podrían ser ejemplificados, de manera simplificada, en diferentes materias:

**Constitucional (Acción de libertad):** El accionante considera que fue aprehendido ilegalmente por la autoridad fiscal demandada, sin que existan suficientes indicios de que es autor del delito que se le imputa y sin considerar que no se presenta ninguno de los riesgos procesales de fuga o de obstaculización de averiguación de la verdad, incumpliendo con ello lo previsto en el art. 226 del CPP y, en consecuencia, lesionando su derecho a la libertad física previsto en el art. 23 de la CPE, por lo que solicita que se disponga su inmediata

**Penal:** Contra X se formula acusación por el delito de avasallamiento, por cuanto presuntamente ocupó las tierras de Y en la comunidad “Las Palmas”, perturbando el ejercicio de su derecho propietario, por lo que el Ministerio Público, considerando que dicha conducta se adecua a lo previsto por el art. 351 bis del CP, solicita la aplicación de la pena de “privación de libertad de” 8 años.

<sup>126</sup>Ibíd.

Civil: X formula demanda de reconocimiento de mejor derecho propietario respecto al inmueble ABC contra Y, argumentando que dicho inmueble se encuentra registrado en derecho reales a su nombre y que sin embargo, Y, en franco desconocimiento de su derecho propietario alega que tanto él como, antes, sus padres vivieron en ese lugar, sin que tenga ningún título que sustente esa posesión, por lo que amparado en los arts 105 y 1538 del CC, entre otras normas, solicita que se declare probada la demanda y el desapoderamiento del bien inmueble.

Ahora bien, en la identificación del problema jurídico, es imprescindible que el juez, en el marco de las características de nuestro modelo de Estado, adicionalmente identifique:

- a. Si los demandantes, demandados, recurrentes o recurridos, accionantes o accionantes, son miembros de naciones y pueblos indígena originario campesinos.
- b. Si dentro del proceso existen intereses o intervienen de alguna manera niños, niñas y adolescentes.
- c. Si se trata de casos en los que se requiere juzgar con perspectiva de género, en especial, procesos vinculados a violencia o discriminación hacia la mujer, y procesos en los que intervienen personas con diversa orientación sexual o identidad de género. En estos casos es indispensable que, además se analice el contexto de violencia o discriminación en el que se desenvuelven estas personas
- d. Si dentro del proceso, de alguna manera intervienen personas con capacidades especiales, personas de la tercera edad, entre otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Esta identificación adicional tiene como objetivo, desde el primer momento, considerar los estándares internacionales e internos aplicables a grupos, colectividades o personas que han sufrido discriminación histórica, para que la autoridad jurisdiccional, desde el inicio, se mantenga alerta respecto a cualquier decisión que pueda reproducir la subordinación, la discriminación o la violencia; pero además, para que dichos estándares sean aplicados al caso, efectuando la interpretación de las normas jurídicas a partir de los mismos.

Así, por ejemplo en los tres casos anotados, podrían identificarse a estos grupos de la siguiente manera:

**Constitucional (Acción de libertad):** La accionante, considera que fue aprehendida ilegalmente por la autoridad fiscal, **sin considerar su estado de gestación** y sin que existan suficientes indicios de que es autora del delito que se le imputa y sin considerar que no se presenta ninguno de los riesgos procesales de fuga o de obstaculización de averiguación de la verdad, incumpliendo con ello lo previsto en el art. 226 del CPP y, en consecuencia, lesionando su derecho a la libertad física previsto en el art. 23 de la CPE, por lo que solicita que se disponga su inmediata libertad.

**Penal:** Contra X, **miembro de la comunidad indígena RumiHuasi**, se formula acusación por el delito de avasallamiento, por cuanto presuntamente ocupó las tierras de Y en la comunidad “Las Palmas”, perturbando el ejercicio de su derecho propietario, por lo que el Ministerio Público, considerando que dicha conducta se adecua a lo previsto por el art. 351 bis del CP, solicita la aplicación de la pena de “privación de libertad de” 8 años.

**Civil:** X, **persona de la tercera edad**, formula demanda de reconocimiento de mejor derecho propietario respecto al inmueble ABC contra Y, argumentando que dicho inmueble se encuentra registrado en derecho reales a su nombre y **el de sus nietos menores de edad que están bajo su custodia porque sus padres murieron**; sin embargo, Y, en franco desconocimiento de su derecho propietario argumenta que tanto él como antes sus padres vivieron en ese lugar, sin que tenga ningún título que sustente esa posesión, por lo que alega que amparado en los arts 105 y 1538 del CC, entre otras normas, solicita que se declare probada la demanda y el desampoderamiento del bien inmueble.

**3.3.2. Identificación de la norma o normas jurídicas aplicables:** Una vez que se ha identificado el o los problemas jurídicos existentes, la o el juzgador debe determinar la norma aplicable al caso o, en su caso, el precedente en vigor. Es posible que la norma sea identificada sin mayor problema y que no presente ningún problema de relevancia o interpretativo, que es lo que sucede en los casos fáciles, o puede suceder que exista una laguna jurídica, una antinomia, que la norma deba ser interpretada, o que exista colisión entre normas-principios; supuestos en los cuales estamos ante casos difíciles.

¿Cuál es el marco normativo y jurisprudencial de origen interno aplicable al caso? O, en otras palabras ¿Existe norma jurídica aplicable o precedente?

Estos temas se analizarán a continuación:

- A. Cuando se detectan problemas de relevancia, la autoridad jurisdiccional está obligada a definir cuál será la norma aplicable, utilizando para ello, en casos de antinomia, los principios de jerarquía, cronológico, de especialidad y de competencia, y en caso de lagunas, deberá utilizar el método analógico.

En ese sentido, se debe hacer una revisión del ordenamiento jurídico en su conjunto, con énfasis en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad (incluida la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); así como de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo de Justicia como del Tribunal Constitucional

Plurinacional, dada su calidad de fuente directa del derecho, conforme ha quedado establecido en anteriores módulos.

- B. Adicionalmente, si el problema jurídico involucra a grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, tendrá que establecer qué otras normas, por su especialidad, se aplican al caso, siendo fundamental considerar los principios, derechos y garantías de dichos grupos, pues el juzgador en todo momento tendrá que respetar su contenido al resolver el caso y, si es necesario, tendrá que interpretar la disposición legal a la luz de dichas normas-principios.
- C. Si no existen problemas de relevancia de la norma, o cuando dichos problemas ya han sido resueltos, la autoridad jurisdiccional, a la luz del caso concreto, debe preguntarse sobre la claridad o ambigüedad de la norma jurídica o en su caso, respecto a la existencia de colisión de principios, pudiendo, por tanto, existir las siguientes posibilidades:

**c.1. Que la norma sea clara y no exista la necesidad de interpretarla, o que exista jurisprudencia ordinaria o constitucional que debe aplicarla al caso**, supuesto en el cual, la o el juzgador, se limita a subsumir el caso en la norma o el precedente, aplicando la disposición legal o la subregla jurisprudencial al caso concreto. En este supuesto, por tanto, la autoridad jurisdiccional se encuentra ante un caso fácil y, por ende, aplica la lógica deductiva, el silogismo judicial.

Nótese que se hace referencia a la disposición legal o al precedente, pues, como quedó establecido en el Módulo de Jurisprudencia Constitucional y legal, los precedentes se constituyen en fuente directa del derecho, al crear normas adscritas o subreglas que se aplican a supuestos fácticos similares, lo que supone que la autoridad judicial debe tener un adecuado conocimiento y manejo de los precedentes jurisprudenciales, identificando correctamente la *ratio decidendi* y el precedente obligatorio, efectuando, por tanto, el análisis estático y también dinámico de la jurisprudencia, para encontrar el precedente en vigor, a partir de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto.

Ahora bien, como se ha señalado en el Módulo Jurisprudencia constitucional y legal, el respeto al precedente, no implica que las autoridades jurisdiccionales no puedan apartarse del mismo, pues podrán hacerlo en el marco del principio de progresividad y favorabilidad, y con la argumentación suficiente. Cabe señalar, que si la jueza o juez se aparta del precedente, ya no se está ante un caso fácil, sino ante un caso difícil, en el que el juzgador deberá desplegar toda la cadena argumentativa que deberá estar interna y externamente justificada, a partir de los criterios que se desarrollan en este texto.





**c.2. Que la norma de lugar a diferentes sentidos normativos y que, por tanto, sea indispensable interpretarla a través de argumentos interpretativos.** Verificada que la disposición legal a ser aplicada es ambigua o poco clara, y que, por tanto, estamos ante un caso difícil, el juzgador, debe desplegar los argumentos interpretativos necesarios a fin de atribuirle un sentido a la disposición legal que se interpreta. En ese entendido, el o la juzgadora puede utilizar los diferentes criterios o métodos que fueron estudiados en el Módulo de Interpretación Legal y Constitucional; sin embargo, debe reiterarse que son de obligado uso los criterios de interpretación conforme a la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, así como, tratándose derechos humanos, los criterios de interpretación que se encuentran constitucionalizados y que también fueron estudiados en otros módulos.

En ese sentido, se recuerda que los diferentes métodos deben ser utilizados de manera integral, pues la utilización aislada de un solo método, no conduce a resultados razonables, y al contrario, la utilización integral de todos ellos hace que las resoluciones se encuentren adecuadamente y sólidamente argumentadas y que la resolución se encuentre razonablemente fundamentada, conforme lo entendió la jurisprudencia constitucional (Así SC 1846/2004-R, confirmada posteriormente en muchas sentencias), pero en definitiva, los criterios que cierran la interpretación, con la finalidad de determinar la coherencia de la interpretación con los principios (entendidos de manera amplia) constitucionales, son los anotados en el anterior párrafo.

Es importante señalar que las disposiciones legales que serán aplicadas deben permanente ser cuestionadas para determinar su compatibilidad de la CPE y las normas del bloque de constitucionalidad; más aún cuando estamos ante grupos de protección reforzada:

Así, por ejemplo, si se aplicará una norma del sistema ordinario a miembros de las naciones y pueblos indígenas, la autoridad jurisdiccional deberá preguntarse de qué manera dicha norma puede ser interpretada interculturalmente, solicitando, como se tiene señalado la intervención de peritos, autoridades o ex autoridades, pero además contrastando dicha norma con las contenidas en el Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, desde la perspectiva de género, cuando el caso involucre a mujeres o población LGBTI, es indispensable que la autoridad jurisdiccional, en el marco de su actividad crítica y valorativa se pregunte: **¿Cuál es la concepción del sujeto que subyace al marco jurídico aplicable? ¿La norma responde a una visión estereotípica o sexista del derecho?**, ello con la

finalidad de analizar si la norma es respetuosa del principio de igualdad y no discriminación para, en su caso, aplicar el test de razonabilidad o igualdad, que ha sido estudiado en la Unidad Didáctica Igualdad y no discriminación del Módulo de Derechos Humanos.

Así, la propuesta desde la perspectiva de género es develar aquellas normas que aún continúan con una visión sexista, es decir, que efectúan una diferenciación entre hombres y mujeres, pero colocando a éstas en una posición desventajosa y subordinada; o normas construidas a partir de estereotipos, en los cuales se evidencian ideas preconcebidas sobre cómo deben ser los hombres y las mujeres, que incluye a características físicas y psicológicas, como por ejemplo que la mujer es más sensible y que el hombre es más racional, que la mujer es débil y el hombre fuerte, que la mujer debe ser recatada y pudorosa y el hombre más libre; estereotipos que también se presentan en los casos de las personas con orientación sexual o identidad, etc.<sup>127</sup>; o estereotipos vinculados a la identidad de género u orientación sexual sobre las características físicas o psicológicas asignadas a los hombres, como las señaladas precedentemente, racionalidad, fuerza, “hombría”, etc., que hacen que las personas sean juzgadas por su capacidad de adaptarse a ellas o no; así quien se adapte es considerada una persona “normal” y quien no lo hace es valorado en sentido negativo, y es sobre esta idea que se conculcan los derechos de quienes tienen diversa orientación sexual o diversidad de género. Por ejemplo las ideas que los gays y las lesbianas son enfermos o enfermas mentales, que todos ellos y ellas tienen sida, que no pueden mantener relaciones afectivas estables, que los hombres gay y las lesbianas no tienen hijos o hijas; o que los hombres gay son violadores y abusan de niños y niñas, son estereotipos que deberían ser <sup>113</sup>

En los casos antes anotados, es indispensable que la autoridad judicial, por tanto, contraste las normas que serán aplicadas con los estándares del sistema universal e interamericano, siendo fundamental considerar, en temas de género, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación hacia la Mujer, la Convención Belem do Pará, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de los órganos del sistema universal de derechos humanos.

En similar sentido se deberá actuar tratándose de niños, niñas y adolescentes, donde corresponde contrastar las normas con los instrumentos internacionales específicos sobre los derechos de los niños, así como la jurisprudencia internacional existente sobre el tema. Así también, en el caso de las personas con discapacidad o de los adultos mayores. El enfoque de género y generacional fue utilizado en la SCP 0019/2018-S2, que ha sido estudiada por ustedes en el Módulo Jurisprudencia constitucional y legal.

Entonces, se reitera que la interpretación desde y conforme a la CPE y las

---

<sup>127</sup> Órgano Judicial, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género*, p. 155.

normas del bloque de constitucionalidad, así como la utilización de criterios de interpretación constitucionalizados (favorabilidad, progresividad, interpretación conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos, etc.) **se constituyen en el cierre de toda interpretación judicial, y es en definitiva la que, conforme se ha analizado, otorga coherencia a la decisión.** A ello se añade que cuando se encuentren grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, es indispensable que las disposiciones legales sean interpretadas a partir de los principios constitucionales, considerando el especial tratamiento que el constituyente les ha otorgado en nuestra Constitución, y también en ese sentido, consultar las normas del bloque de constitucionalidad.

Es importante hacer referencia a algunas preguntas que resultan útiles para determinar si las normas son compatibles con el bloque de constitucionalidad:

- ¿La disposición legal aplicable es compatible con el marco jurídico internacional?
- ¿Qué normas contenidas en instrumentos internacionales son aplicables al caso?
- ¿Existen precedentes jurisprudenciales internacionales aplicables al caso?
- ¿Existen observaciones, recomendaciones, informes, etc., de organismos internacionales que brinden argumentos para resolver el caso?
- ¿Cuál es la norma o precedente que debe ser aplicable al caso atendiendo a los criterios de interpretación de los derechos humanos?

Cabe señalar que al momento de efectuar la interpretación de la disposición legal, es posible también utilizar argumentos de doctrina, argumentos comparados, tanto en legislación como en jurisprudencia, como argumentos jurisprudenciales que apoyen la interpretación a la que llegará la autoridad jurisdiccional.

Así, en cuanto a la doctrina, es evidente que se deberán considerar aquellos autores que tengan **autoridad en la materia**, pues es de esa característica que deriva la fuerza argumentativa de la doctrina. Respecto a los argumentos comparados, se deberá tener el cuidado de escoger aquella legislación o jurisprudencia que tenga similitud con la boliviana y, en cuanto a los argumentos de jurisprudencia, se puede citar aquella que si bien no se constituye propiamente en un precedente –porque no existe identidad de supuestos fácticos o porque resolvió otro problema jurídico- puede contener interesantes definiciones de un instituto jurídico, que es o que se conoce como jurisprudencia indicativa, o puede tocar tangencialmente el tema que se está abordando en la decisión judicial, aunque no se constituye propiamente en un precedente, que es lo que se llama la jurisprudencia persuasiva o indiciaria.

**c.3. Que exista colisión de principios**, entendiéndose a estos de manera

amplia, y por tanto abarcando tanto a los principios como a los derechos y las garantías, conforme se explicó en el Módulo de Principios y Valores en la Administración de Justicia. En estos casos, el juzgador está obligado a utilizar **argumentos ponderativos**. Así, conforme se ha visto, existen casos en los que se presentan conflictos entre principios que no pueden ser resueltos por los principios de jerarquía normativa, principio cronológico, de especialidad o de competencia; por cuanto en estos casos los principios tienen igual jerarquía y, por lo mismo es imprescindible que el juzgador efectúe una labor de ponderación entre principios.

En ese entendido, pueden existir casos, y de hecho existen muchos, en los que se enfrenten dos principios constitucionales –que tienen igual jerarquía– supuesto en el cual el juzgador no puede subsumir el hecho en una regla jurídica, sino que debe ponderar ambos principios para determinar, en el caso concreto, cuál tiene preferencia, a partir de los criterios que han sido señalados en el presente texto, y en los anteriores módulos.

Al igual que en el caso anterior, también en la ponderación puede utilizarse argumentos de doctrina, jurisprudencia y argumentos comparados, bajo los mismos resguardos antes señalados.

Cabe señalar que la ponderación puede ser realizada en el análisis del caso concreto, por cuanto, como sabemos, no existen, en abstracto, normas principios que sean superiores a otras, y es en el caso concreto que podrá determinarse el peso de las mismas y determinar cuál de ellas tiene una **preferencia condicionada**; este análisis, se constituye en la subregla o precedente; por lo que de presentarse casos similares, que reúnan las condiciones establecidas en el precedente, éste deberá ser aplicado a los mismos.

Los argumentos ponderativos pueden presentarse, por ejemplo, en los casos colisión de derechos colectivos e individuales, tratándose de la aplicación de las normas del sistema indígena originario campesino, supuesto en el cual, como se vio en el Módulo Pluralismo Jurídico, se debe efectuar una ponderación intercultural. También en los casos –muy comunes– en los que se contraponen los derechos de las víctimas, en especial en los procesos por violencia contra las mujeres, con los derechos de las y los imputados y los resguardos que el derecho penal garantista ha edificado a favor de estos últimos; empero, no se trata de eliminar estas garantías, sino que las autoridades jurisdiccionales, cuando deban resolver los casos sometidos a su conocimiento, en el que exista un conflicto, de derechos, efectúen la ponderación correspondiente, determinando qué derecho, en el caso concreto tiene mayor “peso” o valor<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Órgano Judicial, Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Op. cit. p. 179 y ss.

**D. Reconstrucción de la premisa normativa:** A partir de la identificación de los problemas de relevancia e interpretativos y luego de haberse realizado la argumentación suficiente, justificándola adecuadamente, la premisa normativa debe ser reconstruida, otorgándole el sentido a partir de la interpretación efectuada. El resultado de la reconstrucción normativa es la subregla, también conocida como norma adscrita, que se utilizará para resolver el caso concreto.

**Una vez que se ha precisado con claridad la premisa normativa, resta verificar el contenido de la premisa fáctica, analizando si ésta presenta algún problema para luego resolver el caso, aplicando deductivamente la norma al caso concreto, y en ese sentido, como anota Atienza, sólo cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo, y de ahí deriva, precisamente la coherencia interna que debe tener toda resolución.**

Conforme se ha señalado en el anterior punto, en los casos de ponderación, esta actividad generalmente es realizada en el análisis del caso concreto, y la norma adscrita o subregla derivada de esta actividad puede encontrarse en la premisa fáctica. Al igual que en los casos señalados anteriormente, el precedente debe estar claramente establecido, señalando con precisión la subregla de aplicación de un principio sobre otro y las condiciones para dicha preferencia.

**3.3.3. Determinación de la premisa fáctica:** Conforme se ha visto, la premisa fáctica también puede presentar problemas vinculados a la existencia o no de hechos probados, que se vincula, además, con la valoración de la prueba, pero también con relación a la calificación jurídica del hecho.

Así, se ha visto que es preciso que exista una coherencia narrativa entre el enunciado del pasado y del presente para conocer con alto grado de probabilidad lo que sucedió en el pasado y en este sentido, las inferencias que realiza el juzgador deben también estar basadas, conforme se ha señalado, en la lógica deductiva, pero también inductiva, última de las cuales debe estar apoyada en mayores elementos de prueba que permitan confirmar la hipótesis del caso. Pero también se ha visto que se deben tomar en cuenta los principios constitucionales tanto para la admisión, producción como para la valoración de la prueba, último punto en el que la autoridad jurisdiccional debe demostrar toda su capacidad argumentativa.

En cuanto a la calificación del hecho, se ha visto que este puede ser un problema vinculado con la interpretación, por lo que, el caso concreto deberá ser tomado en cuenta al momento de efectuar la interpretación de la disposición legal para que, en la conclusión no existan problemas vinculados a la subsunción del hecho en la premisa normativa reconstruida.



- 3.3.4. La conclusión:** Una vez precisada la premisa fáctica, sólo queda la aplicación de la disposición legal, al caso concreto, actividad que, conforme ha quedado señalado, se constituye en verdadero proceso lógico deductivo; toda vez que, no obstante que en los casos difíciles se formularon argumentos de relevancia, interpretativos o ponderativos, que van más allá de la lógica deductiva, dichos argumentos han servido para fijar con precisión tanto la premisa normativa como fáctica, para luego llegar a una conclusión lógica, del tipo “A debe ser sancionado a la pena de 20 años de presidio” o “A debe devolver el bien inmueble” o “Se debe conceder la libertad a A”.
- 3.3.5. El control racional de la argumentación o el análisis de los criterios de justificación externa:** Es importante que la o el juzgador, luego de haber desarrollado todo el proceso argumentativo anotado precedentemente, ejerza el control sobre su propia resolución analizando los criterios y principios señalados por la doctrina con relación a la justificación interna y externa de las decisiones judiciales, así como los anotados en el punto 3.3 del presente texto.

En ese sentido, se propone que el o la juzgadora analice:

- a. **Desde la perspectiva interna:** Si la decisión judicial es lógicamente coherente, y si tanto la premisa normativa como la premisa fáctica cumplen con el **principio de universalidad**, que ha sido antes explicado.
- b. **Desde la perspectiva externa:** Si la decisión judicial tienen consistencia y coherencia, tanto normativa como narrativa. En ese sentido, deberá analizar si la determinación es coherente con las normas principios y si se cumplen los criterios constitucionalizados de interpretación, y si tiene un argumento consecuencialista, es decir, si la determinación asumida toma en cuenta las consecuencias que puede generar.

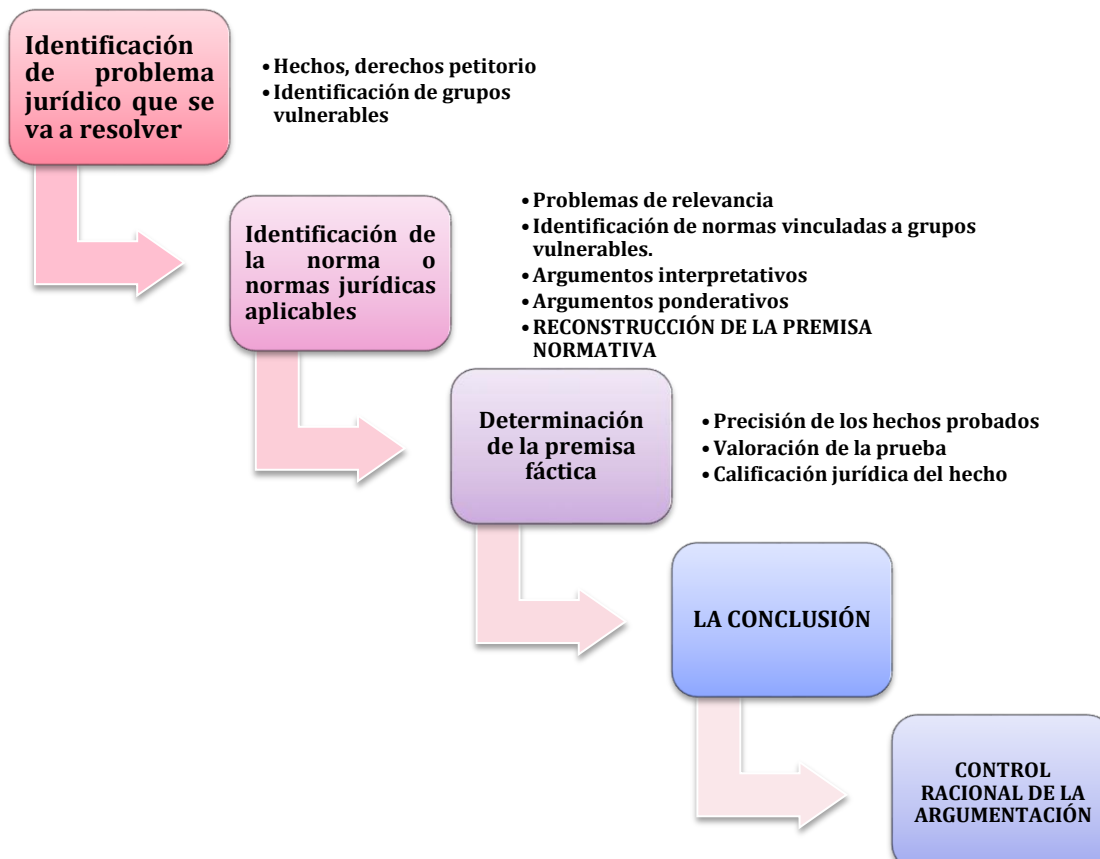
Adicionalmente, a partir de los sujetos intervinientes en el proceso, que fueron identificados desde la formulación del problema jurídico, se deberá examinar, si corresponde, si la decisión tiene un adecuado enfoque de género, generacional, interculturalidad y si respeta las normas específicas de los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.





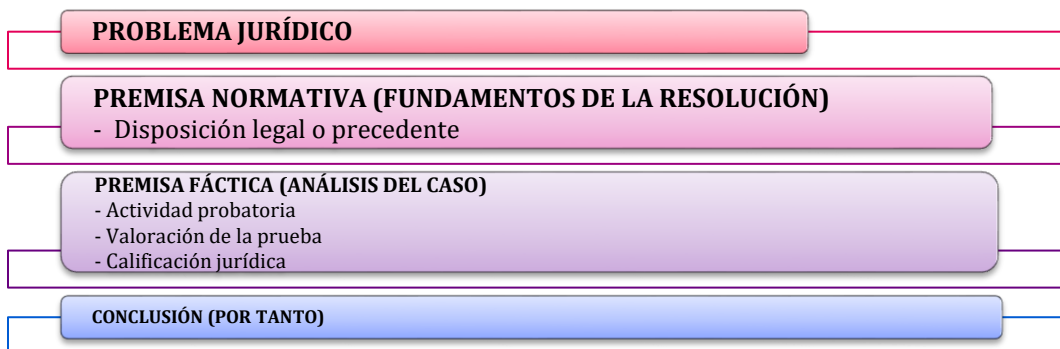
## ESQUEMA DEL PROCESO ARGUMENTATIVO

El proceso argumentativo antes descrito, podría ser esquematizado de la siguiente manera:

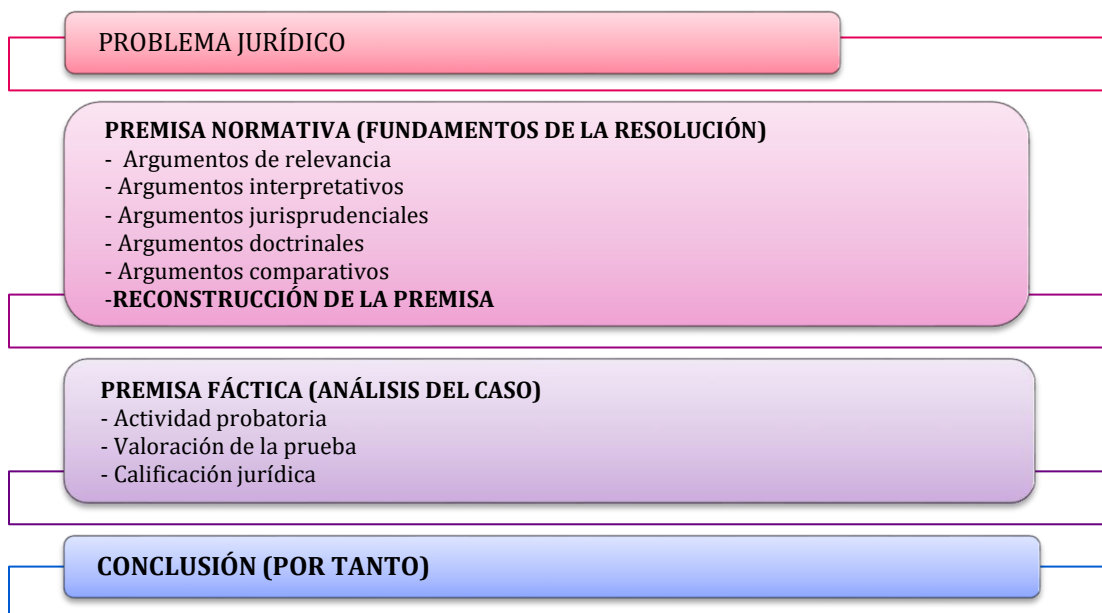


Por otra parte, y con la finalidad de ordenar los argumentos contenidos en el proceso descrito, la resolución judicial debería tener una estructura adecuada, sencilla y clara, con la finalidad que sea fácilmente comprendida por los justiciables y por el público en general. En ese sentido, considerando tanto la premisa normativa como la fáctica, así como los diferentes argumentos que pueden ser formulados por la autoridad judicial, se proponen dos modelos, uno para los casos fáciles, y otro para los casos difíciles, que merecerán su estudio en un Módulo específico, conforme a lo siguiente:

### ORDEN DE LOS ARGUMENTOS EN CASOS FÁCILES EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES



### ORDEN DE LOS ARGUMENTOS EN CASOS FÁCILES EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES





## UNIDAD DIDÁCTICA 4

# FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

### 4.1. La estrecha vinculación entre la argumentación y la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales

Conforme se ha visto en los temas anteriores, a través de la teoría de la argumentación jurídica se busca responder a la pregunta de cuándo una decisión judicial se encuentra debidamente justificada. Es así que a la autoridad jurisdiccional no le basta plasmar en su sentencia una determinada decisión; pues la argumentación jurídica como acertadamente señala Manuel Atienza supone un nuevo modelo de racionalidad, que permite medir críticamente las decisiones jurídicas y es en este sentido que el juez es el responsable de **argumentar sus decisiones fundada y motivadamente**<sup>129</sup>.

Ahora bien, está claro que la fundamentación y motivación de las resoluciones es uno de los elementos del debido proceso en su vertiente de derecho fundamental que se apoya en la necesidad de que el tribunal haga públicas las razones que le han conducido a fallar en uno u otro sentido, demostrando así que su decisión no es producto de la arbitrariedad, sino del correcto ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido encomendada, es decir, resolviendo el problema jurídico sometido a su conocimiento, precisamente, en aplicación del Derecho<sup>130</sup>.

En ese orden, el deber de fundamentar y motivar las resoluciones judiciales tiene los siguientes objetivos específicos: a) garantizar la posibilidad de control del fallo por los tribunales superiores, incluida la justicia constitucional; b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre aquella decisión judicial que afecte sus derechos; y c) demostrar la voluntad del juez en garantizar una resolución motivada.

De acuerdo a Alejandro Nieto García, la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales cumple además, las siguientes finalidades: 1) una función preventiva de los errores, en cuanto debiendo el juez dar cuenta por escrito de los razonamientos por los que ha llegado a su fallo, al momento de “redactar” su resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que pudo haber cometido en su “operación intelectual” y “autoenmendarse”; 2) una función endoprocesal o de garantía de defensa para las partes en cuanto les permite conocer el iter formativo de la resolución y, como tal, detectar esos errores que se mantendrían ocultos si no se explicitaran por escrito, a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a reparar tales errores; y 3) una función extraprocesal o democrática de garantía de publicidad (y como tal de exclusión de la

<sup>129</sup> ATIENZA Manuel, Argumentación y Constitución. Disponible en: [http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf)

<sup>130</sup> CORDÓN AGUILAR Julio César, Motivación Judicial Exigencia Constitucional, Info CC Guatemala, 2012. págs. 4 a 5.

arbitrariedad) en el ejercicio del poder por parte del juez<sup>131</sup>.

De esta forma el derecho a la debida fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales se constituye en una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones se encuentren justificadas y motivadas en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o que se derivan del caso, por tanto, la motivación constituye un mecanismo de control jerárquico de instancias y de prevención frente a la opinión pública, pues impide consagrar arbitrariedades y garantiza que las decisiones emitidas por los jueces sean justas e imparciales sobre la base de una argumentación lógica y sólida.

Así las cosas, cualquier decisión ya sea judicial o administrativa debe basarse en una motivación fundada en derecho, es decir, que vaya en concordancia con el derecho y los valores y principios consagrados en el ordenamiento jurídico. De esta forma el vínculo entre la argumentación jurídica y la fundamentación y motivación de las decisiones se da precisamente en el hecho de que no es suficiente que una sentencia realice una mera cita de determinada norma, o que relacione dicha norma con los hechos específicos, sino que es preciso que, en los casos fáciles, el juez efectúe un razonamiento lógico por el que relacione de manera razonable, clara, coherente y sencilla los hechos con el derecho, explicando detalladamente el cómo y por qué llega a determinada decisión; fundamentación y motivación que será más exigente en los casos difíciles, en los que el juez tendrá que explicar por qué una norma es aplicable al caso pese a existir un vacío legal o antinomias (problemas de relevancia), por qué debe ser interpretada en un sentido determinado (problemas de interpretación), o por qué existe colusión de principios fundamentando la preferencia condicionada; asimismo, está obligado a manifestar los motivos por los cuales el hecho se encuentra probado, cuál ha sido la valoración otorgada a la prueba y porqué el hecho merece una calificación jurídica determinada.

En ese orden, el fundamentar y motivar una resolución, no significa citar muchas disposiciones legales sin conectarlas ni explicar su relación con el caso y tampoco explicar y razonar sin fundamento en Derecho, supuesto que se daría si un juez justificaría su resolución en principios diferentes a los jurídicos. Así, como ha quedado establecido en los anteriores temas es evidente que toda argumentación jurídica, debe tener por lo menos una premisa normativa, que debe ser adecuadamente justificada por la autoridad judicial. Ello no significa que no se utilicen otro tipo de argumentos, empero éstos deben estar encaminados a justificar, como se tiene señalado, la aplicación de la norma al caso.

En ese orden, una sentencia indefectiblemente contendrá el enlace lógico jurídico que existe entre lo expuesto y lo resuelto, con la finalidad de que por medio de dicha resolución se llegue al convencimiento de por qué el caso se resolvió de una manera y no de otra; así mediante el convencimiento del propio juez, las partes podrán entender las razones de la

---

<sup>131</sup> NIETO GARCIA, Alejandro, El arte de hacer sentencias o Teoría de la Resolución Judicial. Madrid, Universidad Complutense, 1998 págs. 185-190.

misma<sup>132</sup>. La fundamentación y motivación requiere una justificación, por lo cual fundamentar y motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan<sup>133</sup>.

En síntesis, la fundamentación y motivación obliga a la autoridad jurisdiccional a exponer los argumentos que justifican su decisión, con la pretensión de lograr que las partes y el auditorio universal posible de la comunidad jurídica, queden persuadidos de que esa resolución dentro del universo posible de casos, resulta ser la más acertada<sup>134</sup>.

## 5.2. La distinción entre fundamentación y motivación

Aunque usualmente los términos fundamentación y motivación son utilizados como sinónimos, no significan lo mismo, ya que la fundamentación se refiere a la obligación de la autoridad que emite determinada decisión de citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye su determinación, justificando, en su caso, especialmente en los casos difíciles, la decisión de utilizar dichas disposiciones legales o de interpretarlas de una determinada manera, en cambio la motivación hace referencia a la serie de razonamientos lógico-jurídicos que permiten entender porque un determinado caso se ajusta a la hipótesis normativa planteada en el mismo.

De esta forma se entiende que la fundamentación consiste en la sustentación de la resolución en una o varias disposiciones legales y la motivación hace referencia al proceso intelectual efectuado por el juez en cuanto a las razones por las cuales, a su juicio, resultan aplicables al caso concreto las normas invocadas en la justificación de la decisión.

El Tribunal Constitucional de nuestro país ha distinguido jurisprudencialmente entre motivación y fundamentación en la SC 1291/2011-R de 26 de septiembre, que estableció:

(...) el fallo debe dictarse necesariamente con arreglo a derecho, esto es con la debida fundamentación que consiste en la sustentación de la resolución en una disposición soberana emanada de la voluntad general. Este requisito exige que el juez, a través del fallo haga públicas las razones que justifican o autorizan su decisión, así como las que la motivan, refiriéndonos al proceso intelectual fraguado por el juez en torno a las razones por las cuales, a su juicio, resultan aplicables las normas determinadas por él, como conecedor del derecho para la solución del caso a través de la cual el juzgador convence sobre la solidez de su resolución y a la sociedad en general le permite evaluar la labor de los administradores de justicia.

Posteriormente el Tribunal Constitucional Plurinacional distinguió expresamente entre fundamentación y motivación en la SCP 1414/2013 de 16 de agosto de 2013, conforme el siguiente razonamiento:

<sup>132</sup> ATIENZA Manuel, El Derecho como argumentación; Isegoría; N° 21, Madrid, 1999, pág. 39.

<sup>133</sup> EZQUIAGA Francisco Javier, Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000006.htm>

<sup>134</sup> GARCIA AMADO Jorge, Teorías de la tópic jurídica, Madrid, Civitas, 1988, pág. 208.

(...) El derecho a la fundamentación de un fallo es una garantía de legalidad que establece que todo acto de autoridad precisa **encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el porqué considera que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa.**

En síntesis la fundamentación consiste en la justificación normativa de la decisión judicial, y la motivación es la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, se encuentra, por una parte, probado, lo que supone que la autoridad judicial debe explicar las razones por las que considera que la premisa fáctica se encuentra probada, poniendo de manifiesto la valoración de la prueba efectuada y, por otra explicando por qué el caso encuadra en la hipótesis prevista en el precepto legal. Por consiguiente, no basta que en el derecho positivo exista un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se hagan saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. De esa forma se entiende que la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita.

#### **4.3. Algunas precisiones respecto al término motivación a la luz del contexto de descubrimiento y justificación**

Conforme quedó explicado en la Unidad Didáctica 1 del presente texto, existe la necesidad de distinguir entre el contexto del descubrimiento y el de la justificación, siendo este último el que es propio de las decisiones o resoluciones judiciales; pues la autoridad jurisdiccional está obligada a expresar las razones que justifiquen su decisión. Así, se señaló que de acuerdo a Atienza, con independencia de las razones explicativas (contexto del descubrimiento) sobre la decisión judicial, vinculadas a buscar las causas o motivos para tomar una decisión, los jueces tienen que justificar sus decisiones, tanto a nivel normativo como a nivel fáctico.

En ese marco, es evidente que, como anota Alfonso García, el término motivación parece no ser el más idóneo para designar la justificación de una sentencia; por cuanto motivar es expresar los motivos y éstos no son necesariamente razones justificatorias. El autor sostiene que un motivo parecer ser, en principio, la causa psicológica por la que una acción tiene lugar, citando al efecto un ejemplo muy esclarecedor: "(...) cabe decir que Otelo mató a Desdémona *motivado* (es decir, movido) por los celos, pero resulta extraño decir que Otelo quitó la vida a Desdémona justificado por los celos. Los celos explican la acción asesina de Otelo, por no la justifican"<sup>135</sup>.

En ese sentido, a partir de la teoría de la argumentación jurídica, no interesan tanto los motivos del juez (que pueden estar fundados en razones psicológica, problemas personales, ideología, etc.) para dictar una sentencia, sino las razones jurídicas que fundamentan la

<sup>135</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, La motivación conceptos fundamentales en *La Argumentación en el Derecho*, op. cit. p. 144.



sentencia. Esta distinción debe ser tomada muy en cuenta por las autoridades jurisdiccionales, quienes en todo momento y más allá de posiciones y problemas personales, son profesionales que realizan su trabajo justificando sus decisiones de la manera más ajustada a la Constitución<sup>136</sup> y, en ese sentido debe considerar que sus decisiones más que motivadas, deben estar justificadas jurídicamente.

No obstante lo señalado debe recordarse que Atienza, como quedó señalado en la Primera Unidad Didáctica de este Módulo, sostiene que las razones explicativas tienen un papel importante en la decisión judicial; pues, una de sus premisas tiene carácter empírico (premisa fáctica) por lo que para su establecimiento se necesita contar con razones explicativas, que se encuentran en el marco del contexto del descubrimiento; empero, también se concluyó que una vez explicado el hecho, son las razones justificativas las que valen en el ámbito del razonamiento jurídico.

Además de ello, como sostiene Marina Gascón, en el discurso fáctico, y concretamente en el discurso sobre la prueba, el descubrimiento es el iter intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas, aserciones sobre hechos controvertidos, en tanto que la justificación hace referencia a las razones por las que dichas aserciones pueden entenderse como verdaderas; por ello, el contexto de descubrimiento no puede confundirse con el de justificación y, en ese ámbito, la motivación debe ser entendida como el conjunto de argumentos que permiten presentar dichas afirmaciones como verdaderas<sup>137</sup>.

Lo señalado puede ser comprendido a través de un ejemplo que nos proporciona Marina Gascón: Un fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre; sin embargo, ahora tiene que justificar dicha revelación; es decir, tiene que justificar la hipótesis que sostiene que el padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre, y para hacerlo se apoya en las pruebas (p) existentes.

“p1: El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)  
p.2: Ese hombre y madre se casaron apresuradamente.  
p.3 El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”<sup>138</sup>.

Conforme a ello, resulta indiferente la forma en que se le reveló el asesinato de su padre, siendo lo importante justificar la hipótesis planteada.

En síntesis, se puede señalar que la utilización del término de motivación, si bien no resultaría coherente con el contexto de justificación, es evidente que su uso extensivo, aún en el propio ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia, hace que se continúe utilizando dicho denominación –y también se la utilizará en este Tema; empero, deberá tenerse en cuenta el contenido preciso del término a partir del contexto de la justificación, conforme ha sido explicado en el presente texto.

<sup>136</sup>Ibid., p. 151.

<sup>137</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba de los hechos”, en *La argumentación en el derecho*, op. cit. pág. 414.

<sup>138</sup>Ibid. 414



#### **4.4. La fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales como parte del derecho-garantía al debido proceso**

Como se desarrolló con profundidad en el Módulo de Derechos Humanos, el debido proceso comprende un conjunto de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre ellos se encuentra el derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, partiendo de la idea de que en todo Estado constitucional, la motivación debida de las decisiones sean o no de carácter jurisdiccional, es un derecho fundamental que se constituye en una garantía en los supuestos en los cuales una decisión afecte uno o más derechos fundamentales. En ese orden, toda decisión que carezca de una fundamentación y motivación adecuada se constituye en una decisión arbitraria y, en consecuencia, contraria al orden constitucional.

Es en este marco, resultan arbitrarias las decisiones judiciales que sólo expresan una apreciación subjetiva de quien ejerce una competencia, aún la misma se encuentra legalmente establecida, o cuando el órgano que adopta la decisión no expresa las razones que la justifican.

En síntesis, es importante comprender que si bien en el paradigma jurídico tradicional la sentencia ha sido concebida como el resultado de un proceso lógico jurídico de naturaleza rigurosamente intelectual que va de la ley al caso concreto, y que tiene por finalidad demostrar a las partes, a los órganos jurisdiccionales superiores y a la sociedad que efectivamente se ha seguido ese proceso; en el nuevo paradigma proclamado por el Estado Constitucional la función de la fundamentación y motivación es una exigencia constitucional que tiene dos dimensiones:

- a. Una subjetiva, como elemento del derecho fundamental a un debido proceso, porque el justiciable tiene derecho a conocer las razones fácticas y jurídicas en virtud de las cuales el Juez decide el litigio con la finalidad de que se resguarden sus derechos y,
- b. Otra objetiva, por cuanto la fundamentación y motivación, como sustento de una sentencia objetiva y razonablemente justa, legitima democráticamente el ejercicio de la función del Juez, en razón que a través de dichas actividades debe mostrar que: i) El juicio de hecho es el correcto, al haber establecido en el proceso la verdad jurídica objetiva; ii) En el juicio de derecho se han respetado los principios, derechos y garantías constitucionales y del bloque de constitucionalidad, por medio de la interpretación correcta y de la argumentación adecuada; y iii) La vinculación del Juez a la Constitución, las leyes y al derecho objetivo, en general, ha sido expresada y argumentada en la motivación de la sentencia<sup>139</sup>.

De esta forma, a partir del Estado constitucional, la motivación de las resoluciones ha ingresado a formar parte del núcleo duro de las garantías del debido proceso que buscan preservar la vigencia de los derechos fundamentales frente al poder estatal. Se trata, de un principio jurídico político que representa la posibilidad de control de una de las actividades

---

<sup>139</sup> ARAGÓN REYES Manuel, El control como elemento inseparable del concepto de Constitución; en: Revista Española de Derecho Constitucional, pág. 15.

estatales más importantes como es la actividad jurisdiccional, la cual puede ser fiscalizada no solo por las partes o los sujetos involucrados en un proceso, sino por la sociedad y la ciudadanía en general<sup>140</sup>

#### **4.4.1. Los estándares del sistema universal e interamericano sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones**

De una primera lectura tanto del art. 14 del PIDP como del art. 8 de la CADH se puede establecer que el deber de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales no se encuentra incluido expresamente dentro de sus disposiciones. Sin embargo de ello, la Corte Interamericana jurisprudencialmente ha ampliado el contenido del artículo 8.1 de la CADH incorporando el deber de fundamentación y motivación como una garantía del debido proceso.

Así, la Corte Interamericana desarrolló el derecho a la fundamentación y motivación como parte del debido proceso en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*, aun cuando en el supuesto analizado no se trataba de una decisión judicial, sino una resolución emitida por el órgano electoral. La Corte señaló que:

152. Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>141</sup>

Posteriormente la Corte desarrolló el derecho de fundamentación y motivación de las resoluciones en diversas ocasiones y vinculado a otros derechos, así en el Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, relacionó el derecho de motivación de las sentencias con el derecho de acceso a la información estableciendo que:

120. La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>142</sup>.

En el caso señalado, la Corte concluyó que la debida fundamentación debería permitir: “conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó determinada autoridad para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención”. Al no haber ocurrido ello, para la Corte: “dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada y protegida en el artículo 8.1 de la Convención”.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; Los Hechos en la sentencia penal, p. 114. El citado autor desarrolla la dimensión endoprocésal y extra procesal de la motivación.

<sup>141</sup>Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 152.

<sup>142</sup>Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 120. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

<sup>143</sup>Op. cit. párrafo 122

La Corte ha enfatizado también en el hecho de que son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas<sup>144</sup>; en este sentido para la Corte, cuando se trata de órdenes de prisión preventiva, la existencia de una debida motivación resulta fundamental para garantizar la restricción excepcional del derecho a la libertad personal, casos en los cuales la Corte ha relacionado la garantía de motivación con los arts. 7.3 y 8.2. de la CADH.

Finalmente la Corte ha señalado que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión<sup>145</sup>; habiendo precisado el alcance de esta garantía con los siguientes fundamentos: a) El deber de motivar es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática<sup>146</sup>; b) La motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado<sup>147</sup> y c) En aquellos casos en los que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores<sup>148</sup>.

#### **4.4.2. El derecho a la debida motivación y fundamentación de las sentencias en el ámbito interno**

En el ámbito interno la jurisprudencia constitucional, como señalamos anteriormente, estableció que la motivación y fundamentación de las resoluciones se constituyen en parte integrante del debido proceso, previsto en los arts. 115 y 117 de la CPE. Así la SC 112/2010-R de 10 de mayo reiterada por la SCP 1471/2012 de 24 de septiembre, SCP 487/2014 de 25 de febrero, entre otras, señaló que:

La garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de motivación de las resoluciones, lo que significa que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud, o que dicte una resolución dictaminando una situación jurídica debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma dejará pleno convencimiento a las partes de que se actuó no solo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra manera de dilucidar los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió y

<sup>144</sup>Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 216. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)

<sup>145</sup>Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de agosto de 2008, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 77.

<sup>146</sup>Idem.

<sup>147</sup>Ibid., párr. 78.

<sup>148</sup>Idem.

al contrario cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados de acuerdo a los principios y valores supremos, vale decir no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, y finalmente la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales sino que exige una estructura de forma y de fondo.

La adecuada motivación y fundamentación de las resoluciones se encuentra íntimamente vinculada con la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria, actividades sobre las cuales el Tribunal ha sostenido que corresponden privativamente a la jurisdicción ordinaria y no así a la justicia constitucional, salvo que en el primer caso, es decir valoración de la prueba, “a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir” o “b. cuando se haya omitido arbitrariamente valorar la prueba y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales”, como lo entendió la SC965/2006-R de 2 de octubre, reiterada por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional en numerosas sentencias, entre otras, SCP 0612/2012 de 1 de octubre y SCP 0647/2012 de 2 de agosto.

Con relación a la interpretación de la legalidad ordinaria, es posible su revisión por la justicia constitucional cuando en dicha interpretación se hubieran quebrantado los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, es decir cuando no se hubiera efectuado una interpretación desde y conforme a la Constitución Política del Estado. (SSCC 1846/2004-R, 1917/2004-R, 0085/2006-R, reiteradas por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0659/2012 de 2 de agosto, SCP 0832/2012 de 20 de agosto, entre otras).

Para ambos casos, es decir, valoración de la prueba e interpretación de la legalidad ordinaria la jurisprudencia constitucional exigía que el accionante explicara las razones por las cuales consideraba que se efectuó una arbitraria valoración de la prueba o una interpretación lesiva a los principios, valores derechos y garantías constitucionales y sí dicha fundamentación estaba ausente el Tribunal denegaba la tutela por falta de carga argumentativa; sin embargo dicho entendimiento fue cambiado en la SCP 410/2013 de 27 de marzo que señaló que el incumplimiento de la carga argumentativa exigida por la jurisprudencia anterior bajo ninguna circunstancia se constituye en un argumento para denegar la tutela en virtud a que corresponde al Tribunal, como guardián de la Constitución Política del Estado, analizar si efectivamente en la valoración de la prueba y en la interpretación de la legalidad ordinaria existió lesión a derechos y garantías constitucionales. No obstante lo anotado, posteriores sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, continuaron aplicando la jurisprudencia anterior, exigiendo la carga argumentativa al accionante; sin embargo, a la luz del estándar jurisprudencia más alto, la SCP 410/2013, es la Sentencia que tiene el estándar jurisprudencial más alto.

Finalmente, es preciso citar a la SCP 221/2012 de 8 de noviembre, pronunciada dentro de una acción de amparo constitucional en la que se denunció la falta de motivación de una Sentencia Disciplinaria que dispuso la suspensión del ejercicio de sus funciones por ocho meses. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en la indicada Sentencia, desarrolló el

contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada, conforme a los siguientes argumentos:

En ese marco, se tiene que el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública.

En síntesis tanto en el Sistema Interamericano como a nivel interno la motivación es parte inherente del debido proceso y tiene como principal finalidad el proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que la Constitución y las leyes establecen, otorgando de esta manera credibilidad sobre las decisiones jurídicas en el marco del Estado Constitucional.

#### **4.5. Los componentes básicos de la fundamentación y motivación de las resoluciones**

De acuerdo a lo señalado precedentemente se puede colegir que la fundamentación y motivación de las sentencias pueden definirse como límites a la actividad discrecional del juez; pues conforme se ha señalado éste se encuentra obligado a justificar su decisión tanto normativa como fácticamente. Dicha justificación, para ser suficiente, debe cumplir determinados requisitos siendo algunos de ellos: la razonabilidad, la congruencia, la claridad, la sencillez, etc., elementos estos que constituyen, en definitiva, el contenido del derecho a una resolución fundamentada y motivada.

##### **a. Razonabilidad**

La razonabilidad tiene una importancia fundamental en la teoría y práctica de la argumentación jurídica, pues como señala Gustavo Zagrebelsky la razonabilidad alude a la capacidad de adaptación de alguien respecto de algo, con el fin de evitar conflictos mediante soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Se trata, pues, (...) no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del



pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida que sea posible)<sup>149</sup>.

De esta manera la idea de razonabilidad resulta, como señala Manuel Atienza, un concepto jurídico indeterminado, que es el resultado de la aplicación, a campos distintos, de un mismo concepto básico, el de razonabilidad. Así, la afirmación de lo que es razonable en Derecho es una noción de contenido variable, que debe entenderse en función tanto del sentido histórico o social (lo que haya que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales), como lógico (qué debe entenderse por razonable en cada caso depende del campo a que se aplique la noción). Frente a lo razonable, lo irrazonable representa el límite negativo de cualquier argumentación jurídica, por cuanto lo que es irrazonable no es derecho. Cada vez que un derecho o un poder cualquiera, incluso discrecional, es concedido a una autoridad o a una persona de derecho privado, este derecho o este poder será censurado si se ejerce de una manera irrazonable<sup>150</sup>.

Lo anterior cobra singular importancia en el Estado constitucional ya que desde que un poder legítimo o un derecho cualquiera es sometido al control judicial, podrá ser censurado si se ejerce de manera irrazonable y, por lo tanto, inaceptable<sup>151</sup>. Desde esta perspectiva, el juicio de razonabilidad tanto en su contenido como en su límite tienen como parámetro a la Constitución Política del Estado; pues, conforme se ha explicado en temas anteriores toda decisión judicial, encuentra como parámetro de validación a las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad. De esta forma una aplicación de la legalidad ordinaria que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable y que no esté conforme a la Constitución y las normas del bloque, no puede considerarse fundada en Derecho. Sólo lo razonable es, por tanto, conforme a Derecho.

En consecuencia, el principio de razonabilidad es un principio base del ordenamiento jurídico por cuanto permite que el sentido común se consolide como elemento subyacente en todo componente del Derecho o aplicación del mismo y, por tanto, contribuye a erradicar del mismo todo aquello que resulta inadmisibles por incongruente, absurdo y arbitrario. Este es en sí el nudo gordiano de la argumentación jurídica que busca elaborar un tipo de argumento que persuada, convenza a través de criterios sólidos sobre lo que ha de entenderse por decisión razonable.

Ahora bien, como adelantáramos anteriormente el principio de razonabilidad desde el Estado Constitucional adopta nuevos tintes ya que el juicio de razonabilidad desde la perspectiva constitucional requiere que los criterios expuestos por la autoridad jurisdiccional se encuentren enmarcados en los principios y valores que rigen el ordenamiento jurídico. Esto es lo que algún sector de la doctrina ha denominado el juicio de razonabilidad reforzado que implica que la razonabilidad debe ser

<sup>149</sup> ZAGRABLESKY Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, Madrid, Trotta, 1995, p. 147

<sup>150</sup> ATIENZA Manuel, Para una razonable definición de lo razonable, Doxa, 1987, N° 4, p. 189.

<sup>151</sup> A. CARRASCO PEREA, El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, cit., p. 39.

analizada desde el derecho fundamental afectado y no solamente desde la razonabilidad de la ley que se aplica en el caso concreto. Así, Balaguer señala que la interpretación en el Estado constitucional exige del juez no sólo la aplicación estricta de la norma positiva sino la adecuación a ciertos valores y principios establecidos por la Constitución. De esta forma se pasa de la interpretación de la ley como una actividad de conocimiento del juez, a la interpretación como aplicación de valores y principios constitucionales, determinados y concretados desde y conforme la Constitución<sup>152</sup>.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 221/2012 de 8 de noviembre adoptó este entendimiento al señalar que para establecer si una resolución judicial o administrativa carece de fundamentación, se deberá evaluar, entre otras, si la resolución observa el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia.

## **b. Congruencia**

La congruencia ha sido definida como un principio normativo que limita las facultades resolutorias del juez, y tiene dos acepciones:

1. La congruencia interna, bajo el entendido que si la resolución es comprendida como una unidad congruente, “en ella se debe cuidar un hilo conductor que le dote de orden y racionalidad, desde la parte considerativa de los hechos, la identificación de los agravios, la valoración de los mismos, la interpretación de las normas y los efectos de la parte dispositiva; es decir, se pretenden evitar que, en una misma resolución no existan consideraciones contradictorias entre sí o con el punto de la misma decisión” (SCP 1083/2014).

Conforme a lo anotado, la congruencia interna exige también que en la resolución se expresen los argumentos expuestos por las partes, los fundamentos argüidos por el juzgador donde se incluirá la base normativa, el análisis fáctico y la parte resolutoria que deberá responder o ser el resultado del problema jurídico, analizado y considerado por dicha autoridad<sup>153</sup>, esquema que, por otra parte coincide con las premisas normativa y fáctica, así como con la conclusión a la que se ha hecho referencia a lo largo del presente texto.

2. La congruencia externa, que exige “la plena correspondencia o coincidencia entre el planteamiento de las partes (demanda, respuesta e impugnación y resolución) y lo resuelto por las autoridades judiciales, en definitiva, es una prohibición para el juzgador considerar aspectos ajenos a la controversia, limitando su consideración a cuestionamientos únicamente deducidos por las partes” (SCP 1083/2014).

---

<sup>152</sup> BALAGUER CASTEJON, M.L., Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Madrid, Tecnos, 1997, p. 167.

<sup>153</sup>SCP 0037/2012

Bajo la acepción externa de la congruencia, por tanto, debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y lo pretendido. A contrario sensu se entiende como resolución incongruente a aquella que no guarda una relación lógica entre lo solicitado y lo resuelto.

En ese orden, la doctrina ha establecido una clasificación general de las resoluciones incongruentes desde la perspectiva externa:

- i) **Incongruencia por *ultra petita* (*neeatjudex ultra petitapartium*)**, que se produce al otorgar más de lo pedido, circunstancia que puede darse tanto respecto de la pretensión como de la oposición.
- ii) **Incongruencia por *extra petita* (*neeat extra petitapartium*)**, al extender el pronunciamiento a cuestiones no sometidas a la decisión del tribunal, que puede incluso estar referida a negar lo que no ha sido solicitado sea por vía de pretensión u oposición.
- iii) **Incongruencia por *infra petita* (*neeatjudex infra petitapartium*)**, defecto cuantitativo cuando se decide sobre una pretensión en extensión menor que lo solicitado, sea que se conceda o niegue y en el entendido que se ha requerido una cantidad determinada y no otra. También concurre si se otorga menos de lo reconocido por el demandado, y
- iv) **Incongruencia por *citrapetita* (*neeatjudexcitrapetitapartium*)**, llamada también **omisivo *ex silentio***, que se produce al omitir la decisión de un asunto cuya resolución formó parte de la contienda, falta de pronunciamiento que puede ser total o parcial.

Derivado de lo anterior, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado el principio de congruencia de las resoluciones en el marco del derecho al debido proceso a través de la SCP 0049/2013 de 11 de enero que establece:

(...) El principio de congruencia hace a la garantía del debido proceso, que en definitiva marca el desarrollo del proceso para poder llegar a la sentencia, estableciendo un límite al poder discrecional del juzgador. A través de este principio se obtiene la concordancia entre el *petitum* de las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; quedando entendido que los mismos no pueden modificar el *petitorio* ni los hechos planteados en la demanda. En ese sentido, el juez o tribunal no podrá iniciar una acción invocando ciertas conductas previamente tipificadas para en el curso de la sustanciación del proceso, cambiar las mismas, o peor aún, arribar a una conclusión de que fueron vulnerados otros preceptos por los cuales no se dio inicio al proceso en curso, aquello indudablemente significaría vulneración del principio de congruencia y atentatorio contra el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto efectivamente se deja en indefensión al procesado quien no podrá asumir la misma de una manera efectiva, alterando inclusive la producción de la prueba de descargo.

Así para el Tribunal Constitucional Plurinacional una resolución incongruente es

arbitraria, y que su impugnación hace viable su revocación; “mejor dicho, impone al tribunal o juez de alzada el deber de su rectificación, asegurándose la estricta correspondencia entre la acusación y el fallo, garantizando de esta manera la sustanciación de un proceso justo<sup>154</sup>.

Es importante precisar que no debe confundirse la incongruencia ultra o extra petita con el principio iuranovit curia que establece que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Finalmente, cabe señalar que la congruencia externa tiene sus excepciones en materia constitucional, toda vez que tratándose del resguardo de derechos fundamentales y garantías constitucionales y considerando la misión del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 196 de la CPE), es posible otorgar más de lo pedido en determinados casos, e inclusive analizar hechos que no han sido denunciados (por ejemplo en la acción de libertad); aspectos que serán analizados en el Módulo relativo a derecho procesal constitucional.

### c. Claridad y sencillez

La claridad y sencillez son sin duda requisitos imprescindibles en la motivación y fundamentación de las resoluciones y consisten en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión. De esta forma para cumplir con la debida motivación y fundamentación es preciso que en la decisión se expresen con claridad y sencillez los hechos del caso y los argumentos legales que llevan a la autoridad a la conclusión de ordenar cierta conducta, negativa o positiva, de los particulares, a fin de que éstos, con pleno conocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución reclamada, estén en plena aptitud de defenderse, si estiman que dicha resolución les afecta ilegalmente en sus derechos.

Nuestra jurisprudencia constitucional, en vigencia de la anterior Constitución estableció que la fundamentación y motivación que realice un juez o tribunal ordinario a tiempo de emitir una resolución, debe exponer con claridad los motivos que sustentaron su decisión; en ese sentido, la SCP 0450/2012 de 29 de junio,

---

<sup>154</sup> SCP 0049/2013 de 11 de enero. En similar sentido, las SSCPP 571/2013 de 28 de junio; 2080/2012 de 8 de noviembre; 1009/2003-R; 639/2011-R y 099/2012 de 23 de abril, establecieron que: (...) La congruencia por su parte, responde a la estructura misma de una resolución, por cuanto expuestas las pretensiones de las partes traducidas en los puntos en los que centra una acción o recurso, la autoridad competente para resolver el mismo está obligada de contestar y absolver cada una de las alegaciones presentadas y además de ello, debe existir una armonía lógico-jurídica entre la fundamentación y valoración efectuadas por el juzgador y la decisión que asume. En ese contexto la jurisprudencia constitucional señaló: “la congruencia abarca dos ámbitos, el primero referido a la unidad del proceso; es decir, la coherencia y vínculo que debe existir entre una resolución y otra dentro de un mismo proceso, y el segundo en cuanto a la consideración y resolución de todos los puntos puestos a consideración del juzgador, lo que significa que también debe existir coherencia y unidad de criterio dentro de una misma resolución, dado que la misma debe guardar correspondencia con todo lo expuesto a lo largo de su contenido, caso contrario carecería de consecuencia, siendo inviable que luego de analizar determinados hechos se llegue a resultados distintos, vulnerando la construcción jurídica que toda resolución debe tener en aplicación y resguardo del debido proceso”.



ratificando lo señalado en la SC 0863/2007-R de 12 de diciembre, que señaló:

(...) la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió”.

Ahora bien, para concluir este apartado es importante señalar que el derecho de fundamentación y motivación, en el sentido que se ha explicado, no contrasta con las exigencias de claridad y sencillez del discurso del juez; más bien ambas características vienen dadas por la necesidad de abandonar el uso de las motivaciones cargadas de divagaciones doctrinales en pro de adoptar un modelo de motivación con mayor claridad y sencillez. Como señala Michele Taruffo, la debida motivación requiere de una transformación cualitativa de la estructura de la sentencia, que puede ser tanto clara como precisa, además de completa, reduciendo las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la motivación. En ese sentido, debe precisarse que el valor de los obiter dicta, que se constituyen en las argumentaciones innecesarias a la resolución del problema jurídico, disminuyen la comprensión de la ratio decidendi, de la razón de la decisión. En ese sentido, una justificación racional ordenada y completa es el principal factor de claridad y de síntesis de la motivación misma<sup>155</sup>.

#### **d. Interdicción de la arbitrariedad**

Finalmente como ya señalamos anteriormente el deber de fundamentación y motivación constituye una garantía esencial del justiciable a fin de eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad del juzgador en cualquier tipo de procesos, resultando imprescindible no solo que los conflictos sean resueltos, sino que además se perciba que lo fueron de una manera razonable, congruente, clara y sencilla. Por ello se dice que la interdicción de la arbitrariedad y la obligatoriedad de motivar las sentencias y otras resoluciones judiciales se remiten recíprocamente. Pues es evidente que para determinar si ha habido o no arbitrariedad solo se debe examinar si la decisión se encuentra suficientemente motivada; y a la inversa para determinar si una decisión contiene motivación suficiente es suficiente examinar si en ella se

---

<sup>155</sup> TARUFFO Michele, La Motivación de la Sentencia Civil, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México DF., 2006, pág. 382.



han dejado espacios abiertos a una eventual arbitrariedad.

Ahora bien, una resolución puede resultar arbitraria en los siguientes supuestos:

- **Cuando no existe fundamentación y motivación o cuando las mismas son aparentes**, es decir, cuando no se justifica la decisión en los ámbitos normativo ni fáctico y tampoco se responden a las alegaciones de las partes, o cuando la fundamentación y motivación únicamente está encaminada a dar cumplimiento formal a dicha exigencia constitucional, pero no a justificar, propiamente la decisión judicial.
- **Cuando no existe congruencia interna en el razonamiento**: Como se ha visto una de las dimensiones de la congruencia es precisamente la interna, es decir la coherencia que debe existir en toda la resolución judicial, problema jurídico, premisa normativa, fáctica y conclusión. Cuando esta congruencia no existe, porque no se comprenden las razones en las que el juez apoya su decisión, la resolución es arbitraria. En similar sentido, existe incongruencia cuando, a partir de la justificación interna, la conclusión no puede ser inferida de las premisas – normativa y fáctica- que ha establecido la autoridad jurisdiccional.
- **La motivación insuficiente**: Se produce cuando las razones establecidas por el juez no satisfacen el derecho del justiciable y de la sociedad de conocer las razones que apoyan la decisión judicial<sup>156</sup>. Es decir que el discurso argumentativo del juez no es suficiente para generar convicción sobre la decisión adoptada.
- **La motivación sustancialmente incongruente**: Aspecto íntimamente relacionado con el principio de congruencia (externa), que como se señaló antes implica que los órganos judiciales están obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que han sido planteadas.

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha adoptado similar razonamiento al previsto en la doctrina y jurisprudencia comparada, así en la SCP 2199/2013 de 16 de diciembre ha desarrollado de manera precisa el principio de interdicción de la arbitrariedad estableciendo que:

(...) Entonces, cuando todo órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir, pretende hacer uso de facultades discrecionales o arbitrarias alejadas de la razonabilidad (principio de razonabilidad), éste se convierte en una directriz valiosa estrechamente relacionada a la justicia (valor justicia), porque se manifiesta como un mecanismo de control y barra de contención de la arbitrariedad (principio de interdicción de la arbitrariedad). Entendiendo la misma desde diferentes dimensiones:

- a. Por una parte, la arbitrariedad, es contraria al Estado de derecho (Estado Constitucional de Derecho) y a la justicia (valor justicia art. 8.II de la CPE). En efecto, en el Estado de Derecho, o Estado bajo el régimen de derecho' con el contenido asumido por la Constitución bajo la configuración de 'Estado Constitucional de

---

<sup>156</sup>Ibidem, págs. 350-351



Derecho', cuya base ideológica es 'un gobierno de leyes y no de hombres', existe expresa proscrición que las facultades que ejercite todo órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir sean arbitrarias y, por el contrario, existe plena afirmación de que el ejercicio de esas facultades deben estar en total sumisión a la Constitución y a la ley visualizando, con ello, claramente el reverso del ya sepultado 'Estado bajo el régimen de la fuerza.

- b. La arbitrariedad puede estar expresada en: b.1) una 'decisión sin motivación', o extendiendo esta es b.2) una 'motivación arbitraria'; o en su caso, b.3) una 'insuficiente'.

b.1) Por ejemplo, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.), no da razones (justificaciones) que sustenten su decisión, traducido en las razones de hecho y de derecho, estamos ante la verificación de una 'decisión sin motivación', debido a que 'decidir no es motivar'. La 'justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub iudice [asunto pendiente de decisión].

b.2) Del mismo modo, verbigracia, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.) sustenta su decisión con fundamentos y consideraciones meramente retóricas, basadas en conjeturas que carecen de todo sustento probatorio o jurídico alguno, y alejadas de la sumisión a la Constitución y la ley, se está ante una 'motivación arbitraria'. (...) En efecto, un supuesto de 'motivación arbitraria' es cuando una decisión coincide o deviene de la valoración arbitraria, irrazonable de la prueba o, en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso (SC 0965/2006-R), que influye, en ambos casos, en la confiabilidad de las hipótesis fácticas (hechos probados) capaces de incidir en el sentido, en los fundamentos de la decisión. Es decir, existe dependencia en cómo cada elemento probatorio fue valorado o no fue valorado, para que se fortalezca o debilite las distintas hipótesis (premisas) sobre los hechos y, por ende, la fundamentación jurídica que sostenga la decisión.

b.3) De otro lado, cuando una resolución no justifica las razones por las cuales omite o se abstiene de pronunciar sobre ciertos temas o problemas jurídicos planteados por las partes, se está ante una 'motivación insuficiente'. Si el órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir incurre en cualesquiera de esos tres supuestos: 'decisión sin motivación', o extendiendo esta, 'motivación arbitraria', o en su caso, 'motivación insuficiente', como base de la decisión o resolución asumida, entonces, es clara la visualización de la lesión del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada, como elemento constitutivo del debido proceso.

- c. La arbitrariedad también se expresa en la falta de coherencia, o incongruencia de la decisión (principio de congruencia), cuando el conjunto de las premisas, -formadas por las normas jurídicas utilizadas para resolver el caso, más los enunciados fácticos que describen los hechos relevantes- no son correctas, fundadas y si, además, su estructura también no lo es. Esto, más allá si la resolución que finalmente resuelva el conflicto es estimatoria o desestimatoria a las pretensiones de las partes. Es decir, como señala Robert Alexy, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonbell, Leonado García Jarajamillo, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Palestra Editores, Lima, 2007.
- ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, 5, 1988. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; Los Hechos en la sentencia penal, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 12, 1992. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/acerca-de-la-motivacin-de-los-hechos-en-la-sentencia-penal-0/>
- ARAGÓN REYES Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79346>
- ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación". Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1695/4.pdf>.
- ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001.
- ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- ATIENZA Manuel, *Argumentación y Constitución*. Disponible en: [http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf)
- ATIENZA Manuel, Para una razonable definición de lo razonable, en *Doxa*, 1987, N° 4, disponible en: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4\\_13.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf).
- BALAGUER CASTEJON, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BECCARIA, Cesar, *Tratado de los delitos y las Penas*, Imprenta De Albán, Madrid, 1822. Versión digital disponible: [http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388\\_MA.PDF](http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF)
- CARRASCO PERERA, Angel, El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, N° 11, 1984. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249823>
- CASTRO GÓMEZ, Santiago, *La poscolonialidad explicada a los niños*, Editorial Universidad del Cauca, Instituto Pensar, Universidad Javeriana, 2005, p. 58.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997.
- CORDÓN AGUILAR Julio César, Motivación Judicial: Exigencia Constitucional, Info Corte de Constitucionalidad, Guatemala, octubre 2012. Año 2, N° 6. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/InfoCC/Octubre2012.pdf>
- ESTERMANN, Jose, *Filosofía Andina*, Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología, La Paz, 2009.
- EZQUIAGA Francisco Javier, *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000006.htm>

- FERRAJOLI Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.
- GARCIA AMADO Jorge, *Teorías de la tónica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 20<sup>a</sup> ed., Editorial Porrúa, S.A., Argentina, 1977.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2005
- GUASTINNI, Ricardo, “Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2002..
- GONZÁLES CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Scielo, Revista Chilena de Derecho*. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006).
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. 9<sup>a</sup> ed. Ed. Porrúa, 1992. Libro XI.
- NIETO GARCIA, Alejandro, *El arte de hacer sentencias o Teoría de la Resolución Judicial*. Madrid, Universidad Complutense, 1998.
- ÓRGANO JUDICIAL DE BOLIVIA, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género*, 2016. Disponible en: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2017/01/Protocolo-G%C3%A9nero.pdf>
- PÉREZ JARABA, María Dolores, “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworwin y H.L.A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n<sup>o</sup> 10/2010 (Segunda Época), ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España) Versión electrónica: [rej.ujaen.es](http://rej.ujaen.es).
- PRIETO SANCHIS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Derechos fundamentales neconstitucionalismo y ponderación judicial* Luis Palestra Editores, Lima, 2002.
- PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- TALAVERA, Pedro, “Interpretación y Argumentación Jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008.
- TARUFFO Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México DF., 2006. Disponible en: [www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/motivacion.pdf](http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/motivacion.pdf)
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, UNIDAD DE DESCOLONIZACIÓN, *Informe técnico sobre la metodología de la Chakana y su aplicación a la Consulta de AIOC*, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, 7<sup>a</sup> ed., 2007.
- URIBE, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”. Disponible en versión digitalizada en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47/Prueba+y+argumentacion.+Un+discurso+iusfilos%C3%B3fico+de+la+prueba.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47>.
- WRÓBLEWSKI J, “Sentido y hecho en el derecho”, *Doctrina jurídica contemporánea*, México DF., 2003.



## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CORTE IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de agosto de 2008, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).