



**ESCUELA DE JUECES DEL
ESTADO**

**Argumentación Jurídica y
su aplicación en el derecho
de las familias y el proceso
familiar**

**(Texto y caja de herramientas
argumentativas)**

María Elena Attard Bellido

Contenido

ABREVIATURAS	4
MÓDULO I	7
El tránsito del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho: Especial énfasis en la argumentación judicial	7
1. Introducción.....	8
2. La interpretación judicial en el Estado Legislativo de derecho.....	8
3. La interpretación judicial en el Estado Constitucional de Derecho.....	20
4. La interpretación judicial y la argumentación jurídica en el Estado Constitucional de Derecho enmarcado al principio de plurinacionalidad	23
MÓDULO II.....	29
Las pautas constitucionalizadas de interpretación en el Estado Plurinacional de Bolivia	29
1. Introducción.....	30
2. Las pautas constitucionalizadas de interpretación.....	30
2.1 El bloque de constitucionalidad	31
2.2 Los principios de progresividad, prohibición de regresividad y la interpretación evolutiva	38
2.3 La interpretación conforme al parámetro de convencionalidad	43
2.4. La interdependencia e indivisibilidad de derechos	69
2.5 La inviolabilidad, incondicionabilidad, irrenunciabilidad y fuerza expansiva de derechos	71
2.6 La pauta constitucionalizada de interpretación intercultural de derechos....	75
2.7 La interpretación desde el principio de favorabilidad	91
2.8 La interpretación desde el principio de verdad material	100
MÓDULO III.....	104
El modelo argumentativo boliviano desde el derecho jurisprudencial.....	104
1. La visión del sistema plural de fuentes jurídicas	105
2. La jurisprudencia a la luz del precedente en vigor como fuente directa de derecho 105	
3. Los alcances de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto	115
4. La tipología de los precedentes en vigor desde la correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor	118
MÓDULO IV	130

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN MATERIA FAMILIAR CON ENFOQUE DIFERENCIAL, DE GÉNERO, DE INTERCULTURALIDAD E INTERSECCIONALIDAD	130
1. El sexo, el género y el modelo hegemónico de masculinidad	131
2. La igualdad sustantiva y la garantía de prohibición de discriminación.....	140
3. ¿Porqué juzgar en materia civil con enfoque de género e interseccional?	147
MÓDULO V	187
Esquema argumentativo para decisiones judiciales en materia familiar con enfoque en derechos humanos y diferencial, de género, intercultural e interseccional	187
1. La teoría estándar de argumentación jurídica.....	188
2. La justificación interna y externa de las resoluciones en el Estado Plurinacional de Bolivia.....	194
3. La diferencia entre la fundamentación y la motivación en el modelo argumentativo. Las reglas del debido proceso sustantivo y de lo razonado como requisito de lo razonable.....	196
4. La doctrina de la argumentación jurídica plural	208
5. Esquema argumentativo para su aplicación en decisiones judiciales en materia familiar	226
5.1. Primer paso: La identificación del problema o problemas jurídicos que plantea el caso concreto	227
5.2. Segundo paso: Justificación de compatibilidad con el bloque de constitucionalidad de la premisa normativa reconstruida.....	233
5.3. Tercer paso: La valoración compatible de la prueba con el bloque de constitucionalidad.....	238
5.4. Cuarto paso: Decisión.....	241
6. Propuesta de estructura de las decisiones judiciales a la luz del modelo argumentativo vigente	243
MÓDULO VI	246
APLICACIÓN DEL ESQUEMA ARGUMENTATIVO A UN CASO EMBLEMÁTICO EN MATERIA FAMILIAR	246
CAJA DE HERRAMIENTAS CONCEPTUALES	257
REFERENCIAS	268

ABREVIATURAS

AIOCs	Autoridades Indígena originarias campesinas
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CEDAW	Convención para la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (en sus siglas en inglés)
CPE	Constitución Política del Estado
CPCo	Código Procesal Constitucional
CPP	Código de Procedimiento Penal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN	Convención de los Derechos del Niño
CNNA	Código Niño, Niña y Adolescente
DCP	Declaración Constitucional Plurinacional
DNA	Defensoría de la Niñez y Adolescencia
ETA	Entidad Territorial Autónoma
JIOC	Jurisdicción Indígena originaria campesina
LGBTI	Lesbiana, gay, bisexual, trans sexual, trans género e intersex
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
MP	Ministerio Público
NAPIOs	Naciones y Pueblos Indígena originaria campesinas
NNA	Niña, niño y adolescente
OC	Opinión consultiva
OG	Observación General
PB	Policia Boliviana
SCP	Sentencia Constitucional Plurinacional
RG	Recomendación General
SEPDAVI	Servicio Plurinacional de Defensa de la Víctima
SIDH	Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos
SIJPLU	Servicios Integrados de Justicia Plurinacional
SLIM	Servicio Legal Integral Municipal

SUDH	Sistema Universal de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional

MÓDULO I

EL TRÁNSITO DEL ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: ESPECIAL ÉNFASIS EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

1. Introducción

Desde el modelo constitucional vigente, fuertemente influenciado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización -tal como se desarrollará en este texto-, las autoridades judiciales no se limitan simplemente a aplicar el tenor literal de la ley en relación a los supuestos fácticos que les sean presentados, sino que esencialmente su labor se centra en una correcta interpretación y argumentación jurídica para dar así al marco normativo aplicable al caso concreto un sentido *conforme* al bloque de constitucionalidad.

En base a lo expuesto, en esta primera unidad se reflexionará sobre los roles de las autoridades judiciales en un sistema netamente positivista enmarcado en un Estado Legislativo de Derecho, para así desarrollar la labor de interpretación y argumentación jurídica que tienen las autoridades judiciales en el Estado Constitucional de Derecho y su evolución en el Estado Constitucional Plurinacional de derecho.

En efecto, se evidenciará que los roles de las autoridades judiciales en un Estado Legislativo de derecho, son diferentes a los que tienen en un Estado Constitucional de Derecho, pero aún más en un Estado Constitucional Plurinacional de derecho, el cual desde los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, plantean un modelo argumentativo sustentado en el valor normativo de la Constitución, en este escenario, uno de los rasgos esenciales del modelo argumentativo boliviano se encuentra en el artículo 109.I de la Constitución que consagra tres principios esenciales que sustentan los nuevos roles de las autoridades judiciales: El principio de aplicación directa de derechos, la igual jerarquía de derechos fundamentales en el marco de paradigma biocéntrico y el principio de directa justiciabilidad de derechos, principios que sustentarán la labor de argumentación jurídica para las autoridades en materia civil tal como se fundamentará en el presente texto.

2. La interpretación judicial en el Estado Legislativo de derecho

Desde una construcción liberal, la teoría del derecho desarrolla la evolución de las dos grandes familias jurídicas: La romano germánica y la del common law. Sin embargo,

al margen de estas y desde las voces de las corrientes críticas del derecho, también deben ser estudiados los diversos sistemas jurídicos existentes en un contexto de pluralismo jurídico.

En el marco de la familia jurídica del common law, debe destacarse un amplio activismo judicial desde el concepto de la *judicial review*¹, que a su vez se ampara en el *valor jurídico de la Constitución*². Estos dos elementos se desarrollan en el marco de un sistema difuso de control de constitucionalidad³.

Por el contrario, en la familia jurídica romano germánica, desde el constitucionalismo que converge en el contexto de los Estados Modernos⁴, hasta el constitucionalismo post contemporáneo, el rol de los jueces ha tenido diferentes matices de acuerdo a los modelos de Estado vigentes.

En efecto, una primera mirada debe centrarse en el periodo revolucionario francés, que a su vez conlleva a la vigencia de un Estado Legislativo de Derecho, en el cual la Constitución tenía un valor político o declarativo en base al concepto del imperio de la ley, desde el cual, prevalecía una concepción formal-legalista del derecho que reducía la labor del juez a la simple aplicación de reglas jurídicas en el marco del método de la subsunción o del silogismo jurídico, concepción que implicaba una labor mecánica en virtud de la cual se pasaba de lo abstracto o general a lo concreto, todo en el marco de una tarea lógico-deductiva que no conllevaba mayor razonamiento judicial (Gascón y García, 2005 p. 41)⁵, lo que implicaba el sometimiento pleno del juez a la ley como fuente

¹ Fernández Segado (2003), afirma que desde la sentencia emitida por el Juez Marshall en el emblemático caso *Marbury vs. Madison*, la *judicial review* es entendida como el control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes (p. 86).

² El valor jurídico de la Constitución, consagra el criterio en virtud del cual la Constitución no tiene un valor político, por lo que sus preceptos dogmáticos, es decir los derechos y principios que consagra, tienen aplicación directa sin que sea necesario la emisión de una Ley.

³ El sistema difuso de control de constitucionalidad tiene su antecedente en Estados Unidos, específicamente en el famoso caso *Marbury vs. Madison* emitido por el Juez Marshall, en virtud a este caso, todos los jueces deben controlar la compatibilidad de una ley con la Constitución, pero en última instancia la Corte Suprema de Justicia, en caso de verificar una incompatibilidad de la norma con la Constitución la inaplica al caso concreto. Todas las autoridades judiciales deben aplicar este precedente en todos los casos futuros.

⁴ El constitucionalismo liberal en un contexto de los Estados Modernos tiene sustento en tres modelos constitucionales específicos: El modelo inglés, el modelo norteamericano y el modelo francés.

⁵ En esta misma línea se encuentran otros autores, entre ellos Talavera, 2008, p 41.

directa de derecho, pero además, conllevaba a una labor interpretativa restrictiva sólo para casos de oscuridad o imprecisión de la ley, pero siempre en el marco de la voluntad del legislador y a través de los criterios dados por éste.

En este contexto, la Constitución, desde el valor político que se le brindó, no era directamente aplicable, por no ser considerada norma jurídica; en consecuencia, los derechos tenían validez y eficacia jurídica, en tanto y cuanto eran reconocidos por la ley (Talavera, 2008); así las cosas, en este modelo de Estado, la validez del derecho se identifica con el principio de legalidad. Como afirma Ferrajoli (2001), “las normas jurídicas valen por haber sido puestas por una autoridad de competencia normativa”, sin importar su contenido justo o injusto.

En el marco de lo anotado, corresponde ahora realizar una remembranza histórica de las tendencias filosófico-jurídicas manifestadas en las diversas escuelas que marcaron los avances y las diferentes líneas de pensamiento en el campo de la interpretación judicial y la argumentación jurídica.

La corriente negativa de la argumentación jurídica, tiene un sustento filosófico en Aristóteles (trad. 1989), que se caracterizó por tener una perspectiva legocéntrica del derecho, en virtud de la cual sustentaba que “la ley es quien mejor manda”, lo que le brindaba a la interpretación judicial y por ende a la argumentación jurídica un rol secundario.

Desde el enfoque señalado, la corriente negativa de argumentación jurídica, sustentó su línea de pensamiento en la desconfianza a las autoridades judiciales, por lo que le asignó al juez un rol de aplicador mecánico de la ley sin ninguna posibilidad de margen de razonamiento jurídico ni de interpretación judicial. En este sentido, Mauro Cappelletti (2007), afirma: “En Francia, particularmente, el recuerdo de los abusos cometidos por los parlamentarios condujo a un rechazo tajante, en el momento de la Revolución, y aún muchos años después, de toda potestad de los jueces para controlar las leyes. Este rechazo aún se mantiene: el temor a un “gobierno de los jueces“ subsiste en Francia....” (p. 601).

En efecto, esta tesis negativa se originó en la Francia revolucionaria al amparo de los principios de separación de poderes y soberanía popular. Así, desde el enfoque de la división de poderes, Montesquieu (1992), sostuvo lo siguiente: “los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma” (Libro XI, cap. Vi, pp. 104-105). En este escenario, surge el principio del imperio de la ley que era concebida como la expresión de la voluntad general materializada en su órgano representativo compuesto por miembros elegidos por voto popular, por tanto, ésta no podía ser desconocida por jueces carentes de legitimidad popular, quienes más bien, debían consagrarla a través de su estricta aplicación.

Por su parte, Rousseau (1985), en su obra cúspide denominada *El Contrato Social*, fundamentó el alcance de la voluntad general como eje neurálgico de su pensamiento, en este marco, de manera textual afirmó lo siguiente: “cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo” (Lib. I, Cap. VI, p. 48), en base a esta premisa, el autor afirma que la Ley es un acto que tiene fuente directa en la voluntad general, es decir del pueblo, por lo que no pueden ser injustas, ya que según él, nadie puede ser injusto consigo mismo. Desde este enfoque, Rousseau postuló la tesis de la *interpretación auténtica* en virtud de la cual el único interprete legítimo de la ley, es el propio legislador, en este marco señaló: “*el autor de la Ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada*” (Lib. I, Cap. VI, p. 48), criterio que evidentemente excluyó al juez de todo rol interpretativo para reducirlo en un mero aplicador de la ley.

Así, desde el ideal revolucionario, el absolutismo del monarca debía ser combatido por el absolutismo de la ley como manifestación de la voluntad popular y por la omnipotencia del legislativo, viva voz de la soberanía popular; en tal sentido, la potestad de determinar el sentido y significado de las normas legislativas, incluyendo las normas de la Constitución, con valor declarativo tal como ya se dijo, correspondía única y exclusivamente al legislador y por tanto, la labor de aplicación de la ley, correspondía al juez.

Desde esta corriente negativa, se expidió en Francia el Decreto Orgánico de agosto de 1790, el cual reservó exclusivamente para la Asamblea Legislativa la facultad de interpretar la Ley, lo que implicó la prohibición de la interpretación judicial. En este marco, se instituyó el *referé législatif* con dos vertientes claras: *El referé facultativo*, en virtud del cual los jueces podían remitir al legislador las dudas que se presentaban en la ley en relación a un caso o problema jurídico determinado; y, *el referé obligatorio*, que implicaba acudir al legislativo en todos aquellos casos en los cuales las sentencias de los jueces generaban un conflicto que evidenciaba un vacío en la Ley.

En el marco de esta tendencia reduccionista de la labor del juez y de la *interpretación auténtica*, en Francia se creó el Tribunal de Casación, que en sus orígenes dependió del Poder Legislativo y con jerarquía en relación al Poder Judicial, con atribuciones de anular sentencias emitidas de manera contraria al texto de la ley⁶. En este escenario, en caso de vacío normativo o contradicción, ésta debía ser resuelta a través de una *interpretación auténtica* y no una interpretación judicial.

A esta tendencia negativa se adscribió Beccaria (1990), quien sustentó la prohibición de interpretación judicial de leyes en materia penal, por lo que en este ámbito, postula la aplicación del silogismo judicial en el cual, la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción u omisión que se adapte a la ley formulada de manera general; y la consecuencia, la condena o la absolución (Cap. IV pp. 6-9).

Luego del periodo revolucionario, con Napoleón Bonaparte en el poder, surgió la codificación del derecho a partir de un hito esencial: El Código Civil de 1804, denominado también *Código Napoleónico*, el cual disciplinó las reglas del derecho civil en Francia durante el Siglo XIX y expandió la visión de codificación a toda latinoamérica,

⁶ En cuanto a este tribunal Génny (1925), señaló lo siguiente: “la Ley se impone a los tribunales, y debe bastarles para deducir el derecho, si los jueces que entienden en el fondo la desconocen abiertamente, el Tribunal de Casación está ahí para anular sus decisiones. Si a pesar de esa censura, persiste la resistencia de los tribunales ordinarios hasta el caso de requerirse una segunda casación, hay lugar a presumir que la ley es oscura o insuficiente en la materia litigiosa; el Tribunal de Casación entonces deberá suscitar una interpretación oficial y obligatoria por parte del Poder Legislativo, único competente para resolver todos los problemas jurídicos” (p. 79).

así por ejemplo, en Bolivia, durante la presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz, específicamente el año 1831, se aprobó el Código Civil⁷.

En el contexto de la codificación en Bolivia, es importante destacar que desde la primera Constitución boliviana, es decir la de 1826, se consagró el principio del imperio de la ley⁸, este principio fue también asumido por la Constitución de 1831⁹, lo que implica no sólo un valor político de la Constitución, sino una raigambre histórica de reduccionismo de la labor de interpretación judicial en Bolivia, que incluso trasunta a la cultura jurídica actual, a pesar de la vigencia de una Constitución con valor normativo que plasma un modelo argumentativo tal como se verá más adelante.

Posteriormente, nuevamente en la Europa del Siglo XIX, ante la crisis del dogma de la *infallibilidad del legislador*, surgió la *Escuela de la exégesis*, que alcanzó su esplendor entre los años 1830 a 1880 y entró en declive a finales del siglo XIX, en el marco de las nuevas tendencias de interpretación judicial como la Escuela Histórica del Derecho, la Escuela de la Jurisprudencia Dogmática, ó, la Escuela de la Libre Investigación, entre otras.

La escuela de le exégesis postuló a la ley como fuente directa de derecho, por lo que el juez debía aplicarla en su literalidad y sólo de manera excepcional, en casos de duda sobre su alcance el juez tenía un margen interpretativo, pero siempre encaminado a buscar la voluntad del legislador, es decir, que la interpretación era la labor de reconstrucción del pensamiento del legislador, en ese marco, tal cual apunta Bonnacase (1944), “...un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del Legislador que se considera traducida por aquél” (p. 36).

Durante la influencia de la escuela de la exégesis, en Francia, el Tribunal de Casación, en 1837 fue denominado como Corte de Casación con plena independencia del Poder

⁷ También, el 6 de noviembre de 1834, se promulgó el Código Penal de Santa Cruz.

⁸ El art. 105 de la Constitución de 1826 estableció: “Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal competente designado con anterioridad a la ley”.

⁹ Esta Constitución fue sancionada el 6 de noviembre de 1826, durante la presidencia del Mariscal de Zepita José Andrés de Santa Cruz Calahumana. El artículo 108° señala que “El Gobierno y los tribunales no podrán, en ningún caso, alterar ni dispensar los trámites y fórmulas, que prescribieren las leyes en las diversas clases de juicios”.

Legislativo, del cual, desde la época revolucionaria formaba parte, tal cual se anotó precedentemente. Esta instancia fue esencial para la organización judicial francesa y la superación del concepto de la *interpretación auténtica*, en el marco de un escenario propio del derecho positivo.

De acuerdo a Golschmidt (1983), la escuela exegética esta interrelacionada con el positivismo jurídico, ya que el derecho positivo es el Derecho mismo, el cual a su vez se encarna en la ley, desde este concepto, el juez, en caso de duda o vacíos, debe buscar siempre la voluntad del legislador, ya que no puede crear derecho, porque este fue creado por la codificación (pp. 269-270). Este es el punto del surgimiento de lo que Prieto Sanchís (2003) llama *el mito del legalismo*.

En efecto, la vigencia del principio del imperio de la ley, delimitó el positivismo jurídico enmarcado en un Estado Legislativo de Derecho, que en términos de Zagrebelsky (2007), era la “ciencia de la legislación positiva” (p. 33), propia de un Estado monista y monocultural [10](#).

El positivismo jurídico en su faceta teórica y la codificación estructuraron los principios de *unidad*, en virtud del cual la ley emanada del monopolio de producción estatal, es la única fuente directa de derecho; el de *plenitud* en base al cual, todos los supuestos podrán encontrar solución en las leyes o a través de mecanismos permitidos por estas, como por ejemplo la analogía; y, la *coherencia*, principio desde el cual no puede existir contradicciones o antinomias de normas, por lo que se aplican los ámbitos de validez temporal, material y espacial de las mismas y los criterios de generalidad y especialidad para resolver cualquier contradicción (Talavera, 2008, p. 27).

Asimismo, la codificación y luego la influencia de la escuela exegética, propugnaron la vigencia del *método exegético*, el cual, de acuerdo a Vernengo (1996), “...consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al Juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de

[10](#) El Estado monista es aquel que concibe a la ley que emana del legislador estatal como la única fuente directa de derecho en el marco de una visión homogeneizante que desde la monoculturalidad desconoce la diversidad cultural.

partida” (pp. 239.240). En base a este método, se desarrolló la aplicación del silogismo jurídico en base a criterios lógico-deductivos que consistían en subsumir la premisa fáctica (hechos) a la premisa formulada en términos abstractos (ley).

La escuela *exegética* fue cuestionada por otras corrientes de pensamiento destinadas a la interpretación judicial, entre ellas la *Escuela Histórica del Derecho*, representada por Federico Carlos Von Savigny. Este autor, en su obra *Metodología Jurídica* (1994), sustentó la idea de reconstrucción de la ley y enmarcó la labor judicial a esta tarea, en este sentido, sostuvo que la interpretación era la reconstrucción del pensamiento expresado en la Ley, por tanto afirmó que “toda Ley debe expresar un pensamiento en forma tal que valga como una norma” (pp. 12-14). Desde esta visión, Savigny postuló la aplicación de los métodos gramatical, lógico, histórico y sistémico para poder así realizar la reconstrucción antes citada en un marco de coherencia.

También, en contraposición tanto a la *Escuela Exegética* como a la *Escuela Histórica del Derecho*, surgió la *Escuela de la Libre Investigación Científica* como otra tendencia filosófico-jurídica desarrollada especialmente por el francés Francisco Geny (2018), quien cuestionó especialmente a la Escuela exegética, porque desde su visión no puede tenerse por válido el principio en virtud del cual la Ley podía proporcionar la solución a cualquier caso que pudiese presentarse; desde esta crítica coincidió en un punto con la Escuela Histórica, ya que afirmó que la interpretación debía ser exclusivamente la búsqueda de la voluntad del legislador, en tal sentido afirmó: “frecuentemente el legislador no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro jurídico dado y debe dejar a la aplicación del derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos” (p. 203).

Entonces, desde esta visión, la interpretación judicial debe partir del texto de la ley, por lo que el intérprete debe averiguar la voluntad del legislador; en este marco, es evidente que la ley no es suficiente para resolver los diferentes problemas jurídicos que se presentan, ya que no prevé la solución para todos los casos que pudieran presentarse; además, la ley no es la única fuente del Derecho positivo, ya que existen otras como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, fuentes secundarias a las cuales debe acudir el

juez para realizar la interpretación de la ley y así desentrañar la voluntad del legislador en el marco de una solución al problema jurídico planteado.

Si luego de acudir a las fuentes secundarias no se ha podido establecer el sentido de la ley, entonces según Geny (2018), debía realizarse una investigación libre “...toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar” (p. 203).

Ahora bien, en un contexto del Estado de Derecho, en el cual tal como prescribía Lassale, la Constitución plasmaba la “naturaleza real del poder” (Haberle, 2002, pp. 177-198)¹¹, pero con un carácter político y declarativo, las Constituciones según lo sostenido por Talavera, terminaron siendo meras cartas políticas, por lo que los derechos sólo tenían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera (Talavera 2018 p 17). En este contexto del Siglo XX, surgió La corriente del *positivismo normativista*, con dos célebres representantes, Kelsen y Hart.

Para Kelsen, las normas jurídicas pueden presentar tres tipos de indeterminaciones: Las relativas¹², las intencionales¹³; y, las no intencionales¹⁴, los cuales fueron

¹¹ HÄBERLE P (2002). *La Constitución como cultura*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Num. 6. Bogotá: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISSN-L: 1138-4824, pp 177-198.

¹² La indeterminación relativa se presente ante la imposibilidad de establecer en detalle las conductas de los destinatarios de la aplicación de la norma, por lo que a través de la labor interpretativa, el aplicador de la norma, es decir el juez, deberá determinar este alcance.

¹³ La indeterminación intencional, emerge de un marco de discrecionalidad que establece la propia norma para que su sentido sea completado por el juez a través de su labor interpretativa. Por ejemplo este tipo de indeterminación se advierte en materia penal, en el *quantum* de la pena.

¹⁴ Las indeterminaciones no intencionales son aquellas que emergen de situaciones o problemas jurídicos no advertidos por el legislador, o por diferentes sentidos lingüístico que pueda atribuirse a términos contemplados en la norma, o por contradicciones o antinomias.

expuestos en la célebre obra del autor: *Teoría pura del derecho* (1960)¹⁵. En este marco, de acuerdo al autor no existe una única solución, por lo que la interpretación judicial, en caso de presentar la norma términos con varios sentidos, deberá asignarle uno para efectos de aplicación de la norma en coherencia con los alcances de la voluntad del legislador; o, en caso de una antinomia o contradicción, deberá la autoridad judicial, brindar desde el caso concreto una interpretación que resuelva este conflicto a través de criterios específicos, como el de jerarquía normativa en virtud del cual la Constitución es la norma jerárquicamente superior y debe ser aplicada en caso de antinomia con una norma infraconstitucional¹⁶, el de especialidad, en virtud del cual, el juez, en caso de contradicción o antinomia, deberá aplicar la ley especial en relación a la ley general, o el criterio de validez temporal, en virtud del cual, una norma posterior abroga o deroga a una anterior.

En base a lo señalado, el proceso de aplicación de la norma, debe estar precedido por la interpretación jurídica que determinará el alcance de la norma, por contener ésta varias

¹⁵ En esta obra, Hans Kelsen (1960) afirmó lo siguiente: “En todos estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades. El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; que corresponde a la voluntad establecida de alguna forma del legislador o bien a la expresión que éste escogiera; que corresponda a una u otra de las normas que recíprocamente se contradicen, o bien, que se efectúe de tal suerte como si ambas normas contradictorias se hubieran recíprocamente eliminado. En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible”. En esta línea de pensamiento, el autor afirma también que si por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales – y no la norma individual- que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general”. De la misma forma, el autor sustenta que “la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las diversas posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra” (pp. 351-355).

En base a lo señalado, Carla Huerta (2004), identifica dos elementos esenciales en el pensamiento kelseniano: 1) un proceso de conocimiento en el cual el órgano aplicador determina las diversas alternativas ofrecidas por la norma superior, y 2) un acto de voluntad mediante el cual el órgano elige entre las diversas posibilidades que la norma ofrece. De tal forma que interpretar es un acto de conocimiento y de voluntad (pp. 187-200).

¹⁶ Desde esta perspectiva Kelsen diseñó su célebre pirámide kelseniana, en virtud de la cual, la Constitución es la norma suprema, que subordina en jerarquía a las leyes, resoluciones otras norma de rango inferior.

posibilidades o sentidos interpretativos, por lo que en virtud a la labor judicial, sólo una de ellas, en la aplicación de la norma, será derecho positivo, pero en un radio de aplicación que no exceda la propia norma. En este marco, se puede advertir, tal cual lo anota Uprimny, el carácter parcialmente reglado de la interpretación judicial (Uprimny, 2008, p. 157), lo que implica un avance en relación a las escuelas antes citadas, aunque, siguiendo a Juan Antonio García Amado (1998), todo el derecho se contiene y agota en enunciados normativos que merecerán una labor interpretativa sólo en el marco de lo posible, es decir dentro de las fronteras de posibilidades de la propia ley y de acuerdo a una justificación que legitime la elección realizada por la autoridad judicial que no puede ser discrecional.

Por lo señalado, desde esta visión del *positivismo normativista* la interpretación judicial tiene un muro de contención: La propia norma que sólo podrá ser interpretada para su aplicación en un caso concreto cuando existan indeterminaciones o antinomias, por lo que desde esta perspectiva, el juez tiene un margen de interpretación, pero, no puede realizar una labor de creación de derecho.

Esta visión del *positivismo normativista* fue la que influenció los sistemas jurídicos en latinoamérica en los Siglos XIX y XX, la cual además estuvo reforzada por las codificaciones y por la concepción del valor político y enunciativo de las Constituciones en esta parte del continente. En Bolivia, esta corriente se refleja en la etapa de Codificación realizada durante la dictadura militar de Banzer, la cual además se contextualiza en un Estado monista y monocultural.

Sin duda y tal como se explicará más adelante, esta corriente del *positivismo normativista*, no puede tener una vigencia plena y exclusiva en un contexto de aplicación directa del bloque de constitucionalidad en virtud del cual los tratados internacionales o los estándares internacionales referentes a derechos humanos tienen aplicación preferente en relación al orden normativo interno tal como se verá; y, tampoco esta corriente puede tener una vigencia plena y exclusiva en un Estado Plurinacional, basado en un pluralismo jurídico de tipo igualitario, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia. Por esta razón, la argumentación jurídica que se desarrolla en este trabajo, pretende demostrar la superación de esta visión y la consagración de un rol interpretativo de las autoridades

judiciales, pero no con un carácter arbitrario, sino enmarcado a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos que serán descritas en el siguiente acápite.

Al margen de la visión Kelseniana de la corriente del positivismo normativista que fue el enfoque asumido por la mayoría de los países latinoamericanos a finales del Siglo XIX y a lo largo del Siglo XX; también es importante señalar la otra visión de esta corriente sustentada principalmente por H.L.A. Hart que plantea un hito importante en el llamado *neo positivismo* y que se encuentra descrito en su célebre obra *El concepto de Derecho*.

El referido autor, cuestiona la tendencia formalista y postula la existencia de casos fáciles que pueden resolverse bajo un criterio de aplicación lógico-deductivo (subsunción de los hechos a la ley); pero también existen otros casos que pueden calificarse como difíciles, los cuales, en el marco de la textura abierta de las normas, permiten varias interpretaciones, en este marco, en un margen de discrecionalidad, pero no de arbitrariedad, una de ellas deberá ser elegida por la autoridad judicial, de modo que "...si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección" (Hart, 1963, pp. 160-161).

En base a lo señalado, para Hart (1963), el derecho se plasma en una constante labor de armonización entre seguridad jurídica y equidad para poder así conciliar dos necesidades sociales: La necesidad de existencia de reglas ciertas que regulen la conducta de las personas; y, la necesidad de dejar una textura abierta a las normas para así resolver problemas jurídicos que se planteen en cada caso concreto (pp. 160-161).

Esta postura, si bien no tuvo una influencia directa en la teoría jurídica latinoamericana, empero, abrió nuevos horizontes de diálogo académico que se vislumbraron con mayor claridad en el marco de la vigencia del modelo del Estado Constitucional de Derecho, en cuyos albores germinaron las llamadas corrientes argumentativas que serán descritas en este trabajo.

3. La interpretación judicial en el Estado Constitucional de Derecho

En Europa, luego de la Segunda Guerra Mundial, los Estados asumen Constituciones destinadas a la consagración de un Estado Constitucional de Derecho, desde esta perspectiva, García de Enterría (1981), afirma que: “La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y Derechos Fundamentales...” (p. 49).

En el marco de lo afirmado, especialmente para la eficacia de derechos, surgen renovadas teorías del derecho, que entre otros aspectos, postulaban nuevos roles interpretativos y argumentativos para las autoridades jurisdiccionales, en un contexto de la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* (Guastini, 2002) y en el marco de la visión de una justicia constitucional destinada al resguardo de la Constitución y también de los derechos.

Desde esta perspectiva, el Estado Constitucional de Derecho, difiere del Estado de Derecho, porque consagra la idea del *valor jurídico de la Constitución*, es decir entiende a la Constitución como norma cuya parte dogmática es de aplicación directa¹⁷, por tanto, tal como afirma Zagrebelsky, “La Constitución es fuente del Derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del Derecho. Eso significa que debe reconocérsele eficacia inmediata y directa, en conformidad con los fines que se propone”¹⁸.

Otro aspecto esencial del Estado Constitucional de Derecho es el proceso de positivización y judicialización de los derechos humanos en armonía con los avances del derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica redimensionar los roles tanto de la interpretación como de la argumentación jurídica. En este marco, se enraíza la idea de la oposición de los derechos frente al Estado y por ende frente a las mayorías

¹⁷ En este contexto, Manuel Aragón Reyes (2000), afirma que “La Constitución es, ante todo, norma jurídica...” (nota 4 p. 86).

¹⁸ “La Constitución es fuente del Derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del Derecho. Eso significa que debe reconocérsele eficacia inmediata y directa, en conformidad con los fines que se propone”. (Zagrebelsky, 2000, p. 79).

representadas en los órganos legislativos, aspecto que es el núcleo o la pieza esencial de esta visión del Estado Constitucional de Derecho según Manuel Aragón (2000a, p. 226).

La aplicación directa de la Constitución por su valor normativo y la justiciabilidad de los derechos, fueron factores esenciales para postular un rol interpretativo amplio a las autoridades judiciales, especialmente por la necesidad de brindar interpretaciones *conforme* a la Constitución.

En el marco de lo afirmado, en el Estado Constitucional de Derecho, debe resaltarse la labor judicial de interpretación y argumentación a efectos de materializar derechos, en este contexto, a partir de la pluralidad de principios y de las exigencias de los casos concretos, los jueces están facultados para brindar soluciones judiciales que, en determinados casos, podrían sobrepasar los límites de la ley, en el marco de una interpretación *conforme* a la Constitución, la cual, tal como se señaló, tiene aplicación directa por su carácter normativo.

En base a lo señalado, Zagrebelsky (2007) postula la *ductilidad del derecho*, afirmando que en los Estados Constitucionales de Derecho, coexisten valores y principios plurales, por lo que la diversidad de cada caso necesita soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor para brindar así respuestas más adecuadas a legítimas expectativas (pp. 14-15), en este marco, el autor señala que “Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla” (Zagrebelsky, 2007, p 134), por tanto, es evidente que la autoridad jurisdiccional, en casos en los cuales la ley no brinde una solución justa y armónica con principios y valores constitucionales, estará obligada a aplicarlos directamente en el marco del valor normativo de la Constitución y el rasgo axiológico que caracteriza al Estado Constitucional de Derecho.

En armonía con lo señalado, Rojas (2010), señala que la ductilidad del derecho implica que su contenido no está finalizado sino abierto y en consecuencia su ductilidad y porosidad permite mirar otras dimensiones del mismo (pp. 11-12), por tanto, sin duda desde la tesis de Zagrebelsky, la ductilidad del derecho fundamenta una amplia labor de

interpretación y argumentación jurídica de las autoridades judiciales, pero, sin que esta labor sea un poder arbitrario (Andaluz, 2010, p. 99).

El escenario antes planteado, supera el principio de supremacía constitucional y más bien postula el principio de la primacía de principios y derechos fundamentales, en este marco, Talavera (2008), afirma lo siguiente: “la crisis de los dogmas tradicionales de la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico propios del Estado legislativo, ahora en concurrencia con fenómenos de ‘supraestatalidad o infraestatalidad normativa’ que desplazan el centro de producción del derecho a ámbitos superiores o inferiores, rompiendo el monopolio normativo del Estado. La supremacía de la ley ha sido sustituida por la primacía de los principios y los derechos fundamentales” (p. 30).

En la misma línea de pensamiento, Gascón Abellán y García Figueroa (2005), afirman que “el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez al Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático” (p. 28).

Desde la perspectiva anotada, Talavera (2008) afirma que “...la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico ya no provienen de la “racionalidad universal” del legislador o legisladora, sino de que la ley respete dichos principios y valores de la sociedad plural, que deben convivir y armonizarse, siendo fundamental la labor de ponderación que debe realizar el juzgador o juzgadora, de ahí su protagonismo en el Estado Constitucional” (p. 30).

En base a lo señalado, Alexy (2003) afirma que los derechos fundamentales deben ser analizados no desde la ley fundamental, sino desde la labor de interpretación judicial, en este marco, afirma que “Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación” (p. 35).

En base a todo lo señalado, es evidente que estos nuevos planteamientos de teoría jurídica para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, de acuerdo a Luis

Prieto Sanchis, postulan la vigencia de más principios que reglas; más ponderación que subsunción; la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; la omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario; y, la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas (Prieto Sanchís, 2003, pp. 207-209).

En este marco, es importante señalar también que, de acuerdo a Ferrajoli, el tránsito del Estado legislado de derecho al Estado Constitucional, supuso que la validez de las normas dependieran no sólo de la forma de su producción, sino de la coherencia de sus contenidos con los principios de la Constitución Política del Estado y también, como sucede en Bolivia, con las normas que conforman el bloque de constitucionalidad (Ferrajoli, 2001).

El mismo autor, como se ha referido, sostiene que en el Estado Constitucional, la legitimación de los jueces no deriva del sometimiento a la ley, sino a la Constitución Política del Estado y, en ese sentido, sólo aplican la ley si es conforme a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, por lo que deben efectuar una interpretación que sea conforme a las misma, y, de no ser posible, denunciar su inconstitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad concreta (Ferrajoli, 2001).

4. La interpretación judicial y la argumentación jurídica en el Estado Constitucional de Derecho enmarcado al principio de plurinacionalidad

Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2011), desarrollan los postulados de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, los cuales emergen de procesos constituyentes plurales (pp. 1-24), en este marco, adquiere gran relevancia la Constitución de Ecuador de 2008 y la del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada luego de un proceso constituyente en el cual tuvieron una importante participación política los pueblos indígenas, diseñando un Estado Plurinacional que se enmarca en un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho.

En el caso boliviano, la vigencia del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho debe ser analizada desde los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Declaración Constitucional Plurinacional DCP 0030/2014 de 28 de mayo, que resalta el carácter plurinacional del Estado, fundado en el pluralismo y enmarcado en una estructura estatal plurinacional que consagra derechos individuales y también colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en el marco de procesos de *igualación, restitución territorial y reconstitución de las instituciones propias* de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

El modelo de Estado Constitucional Plurinacional de derecho, conlleva la vigencia de los principios constitucionales de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. La plurinacionalidad se sustenta en la diversidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, para que el Estado unitario, tenga una estructura que las comprenda en el marco de su libre determinación y en un contexto de validez plena de derechos colectivos, para que desde el pluralismo y la interculturalidad se generen procesos dialógicos de construcción de políticas públicas, normas y derechos que superen una visión monocultural propia de los Estados monistas, en este marco, el modelo constitucional vigente, a partir de los principios antes referidos consagra al Estado Constitucional Plurinacional de derecho.

De acuerdo a lo anotado, el modelo de Estado Constitucional Plurinacional de derecho, asume la vigencia del valor normativo no sólo de la Constitución sino del Bloque de Constitucionalidad, a partir del principio de aplicación directa de derechos, tal como lo establece el artículo 109.1, concordante con el art. 13.III de la Constitución. Además, este modelo de Estado, asume el principio de igualdad jerárquica de derechos que a su vez conlleva el cambio de paradigma de derechos, en este marco, en el caso boliviano, se supera la teoría generacional de derechos, y todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales, tienen la misma jerarquía y por tanto son justiciables, es decir tienen un mecanismo de defensa en el ámbito de control tutelar.

La igualdad jerárquica antes referida, conlleva un cambio de paradigma, en ese marco, desde la plurinacionalidad y el pluralismo, los derechos tienen una dimensión individual, pluri-individual y trans-individual. Por ejemplo, el derecho a la motivación de las resoluciones si fuera vulnerado en un proceso civil, agotados los mecanismos intra-procesales de defensa, debe ser resguardado como derecho en su dimensión individual y por ende podrá ser tutelado a través de la acción de amparo constitucional, en este marco, la persona afectada o un tercero con mandato específico tendrá legitimación activa para interponer esta acción de defensa, a su vez la decisión que se emita tendrá calidad de cosa juzgada constitucional con efectos entre las partes.

Si un gobierno municipal evita emitir una alerta roja en temas de violencia contra la mujer por la cantidad de casos de violencia contra la mujer que se presenten, cuando éste es un mandato expreso establecido en la Ley 348, se estaría afectando el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia consagrado en el artículo 3 de la Convención Belém do Pará, el cual genera para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos obligaciones específicas y reforzadas de respeto y garantía, la afectación del derecho no tiene una afectación individual, sino pluri-individual (todas las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia), en este marco el modelo constitucional imperante, desde la vigencia del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, asegura la tutela objetiva de derechos a través de la acción de cumplimiento, que tal como lo estableció la SCP 0862/2012, es un mecanismo de tutela objetiva, criterio que diferencia a esta acción del ámbito de protección de la acción de amparo constitucional, que es un mecanismo de tutela subjetiva de derechos.

De acuerdo a lo anotado, este cambio de paradigma de derechos en el Estado Plurinacional de Bolivia, se manifiesta también en la vigencia de derechos trans-individuales, entre ellos los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos tutelados en el catálogo abierto de derechos contenido en el artículo 30 de la Constitución boliviana; y también otros derechos trans-individuales, entre ellos los de la madre tierra, los derechos a la salubridad pública, los derechos a la seguridad pública, los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, entre otros.

Los derechos trans-individuales desde el modelo constitucional boliviano, son directamente justiciables a través de la acción popular tal como lo establece el artículo 135 de la Constitución, pero además, plantean un rasgo esencial que sustenta el cambio de paradigma de derechos, ya que supera la visión *antropocéntrica* de derechos, es decir la construcción de derechos desde la titularidad del *hombre* y consagra así un paradigma *biocéntrico*, en virtud del cual, no sólo los seres humanos son titulares de derechos, sino también la madre tierra y todo ser *sintiente* deja de ser objeto de protección del derecho para ser titular de derechos. Entonces, desde esta perspectiva, puede entenderse que el modelo constitucional boliviano -por lo menos en diseño constitucional-, supera la visión en virtud de la cual el medio ambiente o la flora y la fauna eran objeto de protección del derecho, sino que desde este nuevo paradigma son titulares de derecho con una herramienta de directa justiciabilidad: La acción popular.

La adopción del paradigma *biocéntrico* desde los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, tienen una incidencia directa en el derecho procesal constitucional, ya que la tutela de derechos trans-individuales en el marco del paradigma *biocéntrico*, no puede seguir las mismas reglas procesales, los requisitos de forma o las autorrestricciones jurisprudenciales establecidas para la acción de amparo constitucional, que tal como se dijo es un mecanismo de tutela subjetiva de derechos. En este contexto, existen criterios de orden procesal constitucional específicos para la tutela de estos derechos, como por ejemplo la legitimación activa amplia, o la aplicación del principio *pro natura*, que resguarda la tutela preventiva y eficaz de los derechos de la madre tierra, así como la inversión de la carga de la prueba, o la aplicación del principio precautorio para los demás derechos trans-individuales.

Este cambio de paradigma de derechos desde una lectura integral y sujeta al principio de unidad constitucional del artículo 109.1 de la Constitución con el preámbulo; con la cláusula estructural contenida en el artículo primero que consagra la plurinacionalidad y el pluralismo; con el artículo segundo que reconoce la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; con el artículo noveno que consagra el principio de descolonización y el vivir bien como fin esencial del Estado, conllevan la vigencia plena de un *pluralismo jurídico de tipo igualitario*, el cual, desde la perspectiva del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, tiene un rol preponderante en este

nuevo paradigma de derechos, ya que desde esta perspectiva, los derechos deben ser interpretados bajo pautas interculturales de interpretación y no únicamente desde el principio de universalidad, por lo que será esencial la aplicación de métodos dialógicos del derecho, entre ellos los diálogos inter-culturales o inter-jurisdiccionales que serán desarrollados de manera específica en este trabajo.

Pero además, en este paradigma de derechos propio del modelo de Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, el *pluralismo jurídico de tipo igualitario*, conlleva la vigencia de un *sistema plural de fuentes jurídicas*, que implicará que la ley en una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, será fuente directa de derecho; además, las normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas son también fuente directa de derecho, que además están en constante diálogo y complementariedad con las otras fuentes de derechos. De la misma forma, las normas de derecho comunitario derivadas, por ejemplo las *decisiones* que emanan de la Comunidad Andina de Naciones, son fuente directa de derecho; asimismo, la jurisprudencia, bajo el concepto del precedente en vigor y el estándar jurisprudencial más alto, son fuente directa de derecho¹⁹.

Entonces, desde el Estado Constitucional Plurinacional de Derecho que encuentra fundamento esencial en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, puede advertirse el tránsito del Estado monista al Estado Plurinacional, ya que en el Estado monista, imperaba una sola fuente directa de derecho: la ley, al amparo del *mito del legalismo* que ya fue expuesto y que tuvo una profunda raigambre en los sistemas jurídicos latinoamericanos en los siglos XIX, XX e incluso XXI, al amparo de la corriente del *positivismo normativista* especialmente postulada por Kelsen, tal cual ya se señaló. Es así que desde este monismo de fuentes la jurisprudencia y los usos y costumbres eran fuente secundaria de derecho, siempre con el límite de la ley, por tanto, la interpretación y argumentación judicial, estaba limitada a la ley como fuente directa de derecho y los métodos de interpretación permitidos, como el gramatical, histórico o teleológico, tenían un muro de contención en la propia ley.

¹⁹ Estos conceptos serán explicados en la unidad III.

En cambio, desde la perspectiva del sistema plural de fuentes jurídicas, sin duda la interpretación judicial y la argumentación jurídica tienen nuevos horizontes que desde luego superan una visión basada en la corriente del *positivismo normativista*, por lo que inequívocamente, el Estado Constitucional Plurinacional de Derecho replantea el rol de las autoridades judiciales y consagra así la vigencia de un *modelo argumentativo* cuyos pilares esenciales son: La interpretación judicial y la argumentación jurídica en el marco de las *pautas constitucionalizadas de interpretación* que tienen la finalidad de evitar decisiones judiciales arbitrarias y contrarias al Estado Constitucional Plurinacional de Derecho.

Este modelo argumentativo tiene un sustento constitucional esencial en el art. 109.I de la Constitución, el cual establece que todos los derechos -en el marco de la igualdad jerárquica y la directa justiciabilidad-, “son directamente aplicables”, principio que no solamente denota el valor normativo de la Constitución boliviana, sino también los roles interpretativos y el deber de argumentación jurídica que tienen las autoridades judiciales en vía ordinaria y agro-ambiental, por ser estas las primeras garantes de los derechos y por ende de la Constitución, que tal como se señaló, tiene un valor normativo.

En base a lo expuesto, en el siguiente acápite, se desarrollarán las pautas constitucionalizadas de interpretación que constituyen muros de contención para evitar argumentaciones jurídicas y por ende decisiones judiciales arbitrarias.

MÓDULO II

LAS PAUTAS CONSTITUCIONALIZADAS DE INTERPRETACIÓN EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

1. Introducción

En el anterior capítulo se evidenció el rol de las autoridades judiciales en el modelo argumentativo vigente a partir del modelo de Estado Constitucional Plurinacional, desde esta perspectiva, en este capítulo se desarrollará uno de los aspectos esenciales destinados a evitar decisiones judiciales arbitrarias: Las pautas constitucionalizadas de interpretación, que deben ser la base de la justificación de las decisiones judiciales para brindar así decisiones que realmente sean acordes con el bloque de constitucionalidad.

2. Las pautas constitucionalizadas de interpretación

Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos son criterios establecidas por la Constitución de 2009, para que las autoridades judiciales, en el marco del modelo argumentativo vigente y a la luz del principio de aplicación directa de derechos consagrado en el artículo 109.1 de la Constitución las apliquen.

En el contexto descrito, las autoridades judiciales deben aplicar directamente los derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad aún cuando no exista ley de desarrollo, para este fin y para evitar decisiones arbitrarias deberán justificar sus razonamientos y resultados interpretativos en las pautas constitucionalizadas que serán descritas en esta unidad.

Asimismo, el principio de aplicación directa de derechos, extiende su alcance a casos en los cuales la ley interna que establece o disciplina un derecho esté en contradicción con un tratado internacional referente a derechos humanos o a un estándar internacional de protección a derechos, supuesto en el cual, la autoridad judicial, en el marco de las pautas que serán descritas, deberá brindarle a la norma, a través del ejercicio del control de convencionalidad una interpretación acorde con el bloque de constitucionalidad.

De la misma forma, en el caso de colisión de derechos, sean estos individuales o colectivos, o entre derechos individuales; ó, entre derechos colectivos; ó colisión de principios y/o valores, el principio de aplicación directa de derechos tiene un alcance

vinculado al principio de ponderación y la utilización del test de proporcionalidad, tal como se demostrará en los siguientes acápite.

Por lo expuesto, en los supuestos descritos es evidente que debe superarse una visión positivista del derecho, por lo que la autoridad judicial debe realizar un despliegue argumentativo en el marco de una coherente interpretación judicial para evitar así decisiones arbitrarias, para este efecto, la justificación a ser realiada, sin duda debe estar sustentada en las pautas constitucionalizadas de intrpretación que aunque no de manera limitativa, sino enunciativa, serán desarrolladas en los siguientes párrafos.

2.1 El bloque de constitucionalidad

La Constitución tiene una vinculación directa con los derechos y su progresividad tanto por el avance de los tiempos como de las interpretaciones supra-Estatales²⁰, en este marco, la doctrina del bloque de constitucionalidad tiene sustento en la vinculación del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, ya que el Estado Plurinacional de Bolivia, forma parte tanto del Sistema Interamericano como del Universal de Protección a Derechos Humanos, por lo que debe cumplir sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos de buena fe.

Desde esta perspectiva el tenor literal del artículo 410.II de la Constitución establece: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificadas por el país...”.

El Tribunal Constitucional en la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, desarrolló la doctrina jurisprudencial del bloque de consttuionalidad, en la cual estableció que la

²⁰ Al respecto, D’Atena (2004) señala: “Otro punto que no admite controversias es que las constituciones modernas mantienen una relación constitutiva con los derechos fundamentales; encontrando en la exigencia de la tutela de estos últimos su más profunda razón de ser” (p. 295).

Constitución no es la única norma suprema del ordenamiento jurídico, sino que en el marco del bloque de constitucionalidad se encuentran también los tratados internacionales referentes a derechos humanos, pero también, los estándares internacionales de protección a derechos, entre ellos los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este entendimiento estableció también que las normas de derecho comunitario forman parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, el Acuerdo de Cartagena, que es un instrumento internacional constitutivo de la Comunidad Andina de Naciones. De la misma forma, este entendimiento estableció que los principios y valores de rango plural forman parte del bloque de constitucionalidad.

La sentencia citada, constituye jurisprudencia relevante, concretamente es una sentencia moduladora de línea²¹, por lo que para efectos pedagógicos, en este trabajo, para toda la jurisprudencia relevante invocada, se utilizará la ficha jurisprudencial para que las y los lectores, con mayor claridad puedan comprender el alcance del precedente, así como el problema jurídico que plantea el caso concreto y la razón jurídica de la decisión. En este sentido, en el caso de la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, se establece lo siguiente:

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, los accionantes pidieron la tutela a sus derecho a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, porque los vocales demandados se negaron a declarar la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso porque los delitos de desaparición forzada que se les atribuye y que datan de la época de la dictadura militar serían de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles.</p>
<p>Precedente en vigor SCP 0110/2010-R</p>	<p>“FJ III.3 El Sistema interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)En mérito a lo expuesto, se tiene que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente esta garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los</p>

²¹ Esta sentencia es moduladora de línea porque desarrolla de mejor manera y con un alcance más amplio el bloque de constitucionalidad a la luz de la constitución de 2009. Sin embargo, debe establecerse que el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 2004, también desarrolló el bloque de constitucionalidad, entre otras, en las SSCCs 1662/2003-R, 1420/2004-R y 0045/2005.

	<p>cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Americana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia. En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, esta constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, <u>debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.</u> Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos (...)” (resaltado y subrayado propio).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se denegó la tutela constitucional y se confirmó la decisión del tribunal de garantías aplicando la doctrina del bloque de constitucionalidad porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el proceso penal de investigación por desaparición forzada del cual emergió la presente acción de amparo constitucional, en una sentencia expresa (Trujillo Oroza vs. Bolivia), generó estándares específicos para que el Estado cumpla su obligación de investigación, si corresponde sanción y reparación integral de daños.</p>

En base a lo señalado se puede advertir que esta sentencia introdujo al bloque de constitucionalidad estándares emanados del rol contencioso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos estándares interamericanos, marcan la progresividad y los avances del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que su inclusión en el bloque de constitucionalidad es esencial para que el Estado cumpla sus obligaciones de buena fe. En coherencia con lo señalado, en una interpretación extensiva, debe señalarse que no sólo los estándares interamericanos forman parte del bloque de constitucionalidad, sino todos los estándares referentes a derechos humanos emitidos por órganos con roles contenciosos e interpretativos, por ejemplo el Comité de Derechos Humanos, el cual en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un rol contencioso en virtud del cual interpreta el citado instrumento internacional que puede establecer las obligaciones internacionales de los Estados Parte y también tiene un rol interpretativo. Los estándares que emanan del Comité de Derechos Humanos en el marco del Sistema

Universal de Protección a Derechos Humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad.

De acuerdo a lo anotado, siguiendo el entendimiento de la SC 0110/2010-R, puede establecerse que “El bloque de constitucionalidad está conformado por disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, aunque estén fuera del texto de la Constitución documental. Consiste en asumir que existe un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella por la decisión de un juez o Tribunal o por expresa disposición del constituyente”²².

En este punto, debe resaltarse la importancia de establecer que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos formen parte del bloque de constitucionalidad, en este sentido, esta precisión por parte de la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, es una herramienta esencial para que el Estado Plurinacional de Bolivia cumpla con sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos de *buena fe*, máxime, cuando la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada también Pacto de San José de Costa Rica, fue ratificada mediante Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, instrumento que en el artículo 62 le otorga competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para aplicar e interpretar la Convención, y también faculta a esta instancia a emitir decisiones con autoridad en materia de derechos humanos, tal como se evidencia del tenor literal del artículo 67 de este instrumento internacional de protección a derechos.

Lo expresado, está en plena armonía con el principio de la eficacia vinculante de las sentencias de la Corte IDH, por lo que, tal como lo anota Olano García (2016), no solamente se proyecta hacia la parte “resolutiva” o “dispositiva” de fallo, sino que también alcanza los razonamientos, argumentos y consideraciones que fundamentan y dan sentido a la decisión (pp. 61-49).

²² Ver TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*. (2017), Aprobado mediante Acuerdo de Sala Plena no. 316/2017. La Paz: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, octubre de 2017 p 2-3.

De acuerdo a lo descrito, puede afirmarse que el fundamento de la doctrina del bloque de constitucionalidad desarrollada en la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, es el principio de la *pacta sunt servanda* implícitamente consagrado en el art. 13.I de la Constitución boliviana, por tanto el Estado boliviano debe cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe, las cuales no se circunscriben únicamente a los tratados internacionales referentes a derechos humanos, sino también a las interpretaciones progresivas de estos instrumentos plasmadas en los estándares que tal como se señaló forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, la línea jurisprudencial de la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, debe ser entendida de manera armónica con el entendimiento plasmado en la SC 0061/2010-R²³, por lo que las Reglas, Principios y Directrices en derechos humanos, no sólo son fuente del derecho internacional de los derechos humanos, sino que son un parámetro interpretativo que debe ser considerado por la autoridad judicial para brindarle así a la norma un sentido conforme al bloque de constitucionalidad.

Este concepto del parámetro de interpretación se advierte en la ficha jurisprudencial de la SC 0061/2010-R que se presenta a continuación:

Resumen del caso	El accionante, a través de una acción de libertad, denunció que a momento de su aprehensión, no se respetó el derecho que tenía a ser asistido por un intérprete de su entera confianza; además denunció la omisión de comunicación de detención al Consulado de Brasil.
Doctrina jurisprudencial SCP 0061/2010-R	“FJ III.3 (...) Junto a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que ha sido ratificada por el Estado Boliviano y que, por tanto, conforma el bloque de constitucionalidad (art. 410 de la CPE), <u>se encuentran otros instrumentos internacionales no convencionales, como las Reglas, principios y directrices sobre diferentes temas de derechos humanos. Estos instrumentos internacionales tienen una importancia fundamental para la aplicación de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Política del</u>

²³ Esta decisión de manera expresa señala: “tienen una importancia fundamental para la aplicación de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Política del Estado, pues se constituyen en las directrices para la interpretación de las mismas. En ese sentido todas las normas antes señaladas se encuentran enlazadas entre sí, debiendo ser entendidas de manera integral, acudiendo a los diferentes instrumentos internacionales para precisar los alcances y el contenido de los derechos y garantías”.

	<p><u>Estado, pues se constituyen en las directrices para la interpretación de las mismas.</u> En ese sentido todas las normas antes señaladas se encuentran enlazadas entre sí, debiendo ser entendidas de manera integral, acudiendo a los diferentes instrumentos internacionales para precisar los alcances y el contenido de los derechos y garantías. En ese entendido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 115)” (resaltado y subrayado propio).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se denegó la tutela porque el accionante no solicitó a las autoridades demandadas la notificación al Consulado de Brasil y porque si bien no se informó al accionante sobre sus derechos, esta omisión no incidió en la privación de libertad. En base a lo señalado, se observa que esta es una decisión constitucional que plasma una incongruencia interna, ya que desarrolla una fundamentación absolutamente acorde con el bloque de constitucionalidad y el modelo constitucional vigente; empero, en la motivación, es decir en el análisis del caso concreto, desconoce los alcances de la fundamentación realizada .</p>

En base al alcance del bloque de constitucionalidad anotado, es importante establecer también que tanto las normas internacionales como los estándares internacionales referentes a derechos humanos “...deben ser aplicadas preferentemente por todas las personas, autoridades, jueces, juezas y tribunales, cobrando mayor relevancia en la labor jurisdiccional por cuanto las autoridades jurisdiccionales son las garantes primarias de la Constitución y de la tutela de los derechos y garantías humanos”²⁴.

Es importante señalar también que las normas del bloque de constitucionalidad que como ya se señaló no se limitan a tratados internacionales sobre derechos humanos, sino también a los estándares que surgen de la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, “...se constituyen en el parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad tanto en el ámbito normativo, como en el competencial y en el tutelar; es decir, para efectuar el control de constitucionalidad de las disposiciones legales, de las

²⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*, op. cit. pp 2-3.

competencias o de los actos o decisiones asumidas por autoridades, jueces o tribunales e inclusive, en este último ámbito, actos de particulares”²⁵.

Debe agregarse también que de acuerdo a la SC 0110/2010-R, los principios y valores plurales forman parte del bloque de constitucionalidad y le brindan un rasgo axiológico al mismo, el cual es esencial en un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, rasgo axiológico cuya importancia fue resaltada en la SCP 0112/2012.

Asimismo, desde el alcance de la SCP 112/2012, puede establecerse que rige el principio de constitucionalidad (Fj III.1), el cual supera el alcance del histórico principio de supremacía constitucional, por lo cual, por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos y merced a las obligaciones internacionales de respeto y garantía asumidas por el Estado Plurinacional de Bolivia, la Constitución no es la única norma suprema del ordenamiento jurídico, sino que en base a la doctrina del bloque de constitucionalidad, es todo el bloque el que debe irradiar no sólo en los actos normativos, sino también en las decisiones judiciales.

Además, en base al principio de constitucionalidad que debe ser leído a la luz de la doctrina del bloque de constitucionalidad, se supera el principio del imperio de la ley, razón por la cual, las autoridades no están sometidas a la ley, sino al bloque de constitucionalidad, por lo que deben aplicar la ley, en tanto y cuanto sea armónica con el bloque de constitucionalidad.

En base a lo señalado, de acuerdo a la Constitución boliviana vigente, considerando que los derechos son de aplicación directa y que estos deben ser interpretados no sólo desde el tenor literal de la Constitución sino desde su avance en el marco del concepto de la doctrina del bloque de constitucionalidad, es evidente que las autoridades judiciales, no están sometidas exclusivamente a la ley, sino que deben darle a la ley una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y en caso de evidenciar un desarrollo del derecho más progresivo y favorable, sin duda éste derecho, que puede estar consagrado en un tratado internacional de derechos humanos o en estándares

²⁵ Íbidem.

internacionales, debe ser aplicado por la o el juez de manera directa y preferente, en base a la pauta de interpretación judicial contenida en el artículo 410.II de la Constitución y de acuerdo a los entendimientos jurisprudenciales citados, lo que sin duda evidencia la superación de un modelo exclusivamente postivista.

En el contexto citado, es importante destacar la SCP 0112/2012 de 27 de abril, la cual establece con meridana claridad el deber de los jueces ordinarios de aplicar directamente la constitución, en el marco de una constitución basada en reglas-principios, así lo evidencia las fichas de doctrina jurisprudencial que se exponen a continuación.

Doctrina jurisprudencial SCP 0112/2012	“III.1.1. <u>La Constitución es una norma jurídica directamente aplicable y justiciable por su órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía, de naturaleza judicial y de composición plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional) así como -atendiendo sus específicas atribuciones- por los jueces y tribunales de garantías que ejercen justicia constitucional; sin exclusión de los jueces o autoridades originarias de la pluralidad de jurisdicciones reconocidos en el texto constitucional (Jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena originario campesina y las jurisdicciones especializadas reguladas por la ley, conforme disponen los arts. 179 y 410 de la CPE), últimos operadores jurídicos, que se constituyen en los garantes primarios de la Constitución”</u>
---	---

Como puede advertirse, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial referida, la aplicación directa de derechos consagrados en la Constitución, en tratados internacionales referentes a derechos humanos o en estándares internacionales de protección a derechos, no es una labor exclusiva del Tribunal Constitucional Plurinacional, sino que debe ser realizada también por la jurisdicción ordinaria, tal cual lo señaló la SCP 0112/2012, por lo que el presente texto, a la luz de los referidos entendimientos jurisprudenciales y en el marco del modelo de Estado vigente, desarrollará la labor de argumentación de las autoridades judiciales enmarcadas al principio de aplicación directa de derechos, al bloque de constitucionalidad y a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos que serán desarrolladas a continuación.

2.2 Los principios de progresividad, prohibición de regresividad y la interpretación evolutiva

Otra pauta constitucionalizada de interpretación judicial que deberá guiar la labor de argumentación jurídica de las y los jueces se encuentra contenida en el artículo 13.I de la Constitución.

Art. 13.I de la Constitución

“Los derechos reconocidos por esta Constitución son (...) progresivos”

En base a lo anotado, se puede evidenciar que el principio de progresividad tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, sin embargo, este principio es interdependiente al principio de prohibición de regresividad y a la interpretación evolutiva, que a partir del reconocimiento explícito del principio de progresividad, se puede colegir que están reconocidos implícitamente en el art. 13.I de la Constitución.

En virtud a este principio de interpretación, los derechos que pueden ser individuales, pluri-individuales o trans-individuales en el marco de una igualdad jerárquica consagrada en los artículos 109.I y 13.III de la Constitución-, deben ser interpretados en el marco de todos los avances, progresos e interpretaciones extensivas que en el ámbito interno o que en el sistema interamericano o universal de protección a derechos humanos hayan sido realizados, en este marco, las autoridades judiciales, en su labor interpretativa, siempre deberán considerar los estándares más altos, es decir las interpretaciones más favorables y progresivas que en el bloque de constitucionalidad se tenga en cuanto al derecho en discusión²⁶.

Por su parte, el principio de prohibición de regresividad, asegura que el razonamiento judicial no implique retroceso o reconocimiento de estándares más bajos de aquellos que contienen criterios más favorables o progresivos en cuanto a un derecho objeto de protección.

²⁶ Si bien se hace referencia a las autoridades judiciales, toda vez que el presente texto está dirigido a juezas y jueces de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, este principio debe ser aplicado también por el Tribunal Constitucional Plurinacional, los vocales de las salas constitucionales en capitales de departamento y jueces o tribunales de garantías en provincias, las y los jueces agroambientales, las autoridades que conozcan procesos en el marco de las jurisdicciones especializadas y también las autoridades de la justicia indígena originaria campesina, aunque estas deben brindar interpretaciones interculturales de derechos, tal cual lo estableció las SCPs. 1422/2012, 0778/2014 y 481/2018-S2.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado precedentes importantes en cuanto al principio de progresividad y por ende de prohibición de regresividad, entre ellos la SCP 2491/2012 de 3 de diciembre, entre otras. Esta decisión será resumida en la siguiente ficha jurisprudencial:

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de libertad, se denunció la vulneración de los derechos a la libertad física, a la defensa y al debido proceso porque el Juez cautelar al resolver la situación jurídica de la parte ahora accionante, ignoró que: i) El investigador procedió a la aprehensión fuera de horas hábiles, es decir a horas 7:20; ii) Las notificaciones que realizó el investigador asignado al caso, se hicieron en domicilio procesal y no de forma personal en el domicilio real; y, iii) El Fiscal omitió considerar que los delitos tipificados en los arts. 335 y 337 del CP, son sancionados con reclusión de 1 a 5 años y por ende no procede la aplicación del art. 226 del CPP.</p>
<p>Precedente SCP 2491/2012</p>	<p>FJ. III.1. “El principio de progresividad concretamente establece la responsabilidad para el Estado Boliviano, de no desconocer los logros y el desarrollo alcanzado en materia de derechos humanos en cuanto a la ampliación en número, desarrollo de su contenido y el fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales para su protección, en el afán de buscar el progreso constante del derecho internacional de derechos humanos que se inserta en nuestro sistema jurídico a través del bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE)”.</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El TCP en revisión revocó en parte la decisión y concedió la tutela en aplicación de la figura de la acción de libertad innovativa, ya que si bien la parte accionante ya está en libertad, empero, el juez cautelar, omitió realizar un control de legalidad material de la orden de aprehensión expedida por el fiscal de la causa, en este marco, la concesión de tutela tiene la finalidad de que el juez de garantías califique la responsabilidad de la autoridad demandada.</p> <p>Es importante aclarar que esta sentencia invoca los principios de progresividad y prohibición de</p>

	<p>regresividad para restituir la figura de la acción de libertad innovativa, que si bien fue consagrada por la jurisprudencia del TC creado al amparo de la Constitución de 2004, empero, fue arbitrariamente suprimida por el Tribunal Constitucional transitorio el año 2010.</p> <p>En virtud a acción de libertad innovativa, reconocida por esta sentencia en el marco de los principios de progresividad y prohibición de regresividad, procede la acción de libertad aún cuando haya cesado la arbitraria privación de libertad, con la finalidad de identificar a las personas responsables de la privación arbitraria de libertad para efecto de reparación de daños.</p>
--	---

Los principios de progresividad y prohibición de regresividad, están íntimamente vinculados con el principio de buena fe, en virtud del cual el Estado Plurinacional de Bolivia en armonía y coherencia con los estándares más altos emergentes de la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, debe cumplir fielmente sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos.

En coherencia con lo anotado, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1250/2012 ha desarrollado el principio de buena fe, así lo evidencia la siguiente ficha jurisprudencial.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de inconstitucionalidad concreta se cuestiona la constitucionalidad del artículo 162 del Código Penal que contiene el tipo de “desacato y apología pública del delito”, porque la accionante, fue sometida a un proceso penal por este delito debido a una denuncia que realizó contra en ese momento el Fiscal Departamental de Chuquisaca, en este marco alega que la citada norma es contraria a los derechos a la libertad de expresión y opinión en todas sus formas, porque penaliza la libertad de expresión de todo ciudadano.</p>
<p>Precedente SCP 1250/2012</p>	<p>FJ III.2 “ (...) Los Estados al suscribir una convención o tratado se convierten en Estado parte, en consecuencia adquieren</p>

	<p>derechos y obligaciones en cumplimiento del principio fundamental del Derecho Internacional reflejado en el denominado <i>pacta sunt servanda</i> (lo pactado obliga), tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Por tanto al haber suscrito Bolivia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El TCP declaró la inconstitucionalidad del art. 162 del Código Penal que regulaba el desacato por su incompatibilidad con los compromisos internacionales de respeto y garantías asumidos de buena fe por el Estado Plurinacional de Bolivia en cuanto al derecho de libertad de expresión.</p>

Es importante señalar también que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de progresividad, genera para la autoridad jurisdiccional la carga argumentativa, por lo tanto, toda interpretación de derechos, debe justificar que la misma no es contraria a estos principios, por lo que las autoridades judiciales, no pueden omitir justificar sus decisiones en los principios desarrollados (Vázquez, 2018, p 125). La justificación de la carga argumentativa para las autoridades judiciales, fueron desarrolladas por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia SU-225/98²⁷; y en la sentencia T-025 en la cual se describieron las obligaciones de progresividad y no regresividad, así como el mandato de progresividad. También este principio se encuentra consagrado en la sentencia C-372/11, entre muchas otras.

En base a todo lo señalado, es importante establecer también que los principios de progresividad y prohibición de regresividad, tienen una directa vinculación con *la interpretación evolutiva*, la cual asegura que las interpretaciones que realizan las autoridades judiciales, sean acordes con la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos y no incurran en regresividades, ya que cualquier interpretación de

²⁷ En esta decisión la Corte Constitucional de Colombia estableció que es entendible la inversión de la carga de la prueba a partir de un principio de equidad básico, quien tiene más elementos y la capacidad para sistematizar la información sobre sus propias actividades, es, sin lugar a dudas, el Estado mismo.

derechos contraria a los principios de progresividad o prohibición de regresividad, generaría responsabilidad internacional del Estado Plurinacional de Bolivia, toda vez que sus obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe y en el marco de los principios de progresividad y prohibición de regresividad.

La Corte interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la interpretación evolutiva, por ejemplo en la Opinión Consultiva OC 24/17 para interpretar a la luz de la evolución de los tiempos el concepto de familias diversas²⁸; también utilizó la interpretación evolutiva en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tigni vs. Nicaragua. En este marco, de acuerdo al avance del derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el marco de la progresividad que marcó el Convenio 169 de la OIT, brindó al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, un alcance extensivo, ya que su tenor literal solamente reconoce la propiedad privada. En este contexto, la Corte IDH, desde una interpretación evolutiva sostuvo que debía dársele al art. 21 de la Convención un sentido acorde al principio de progresividad, por lo que estableció que dicha norma no sólo protege la propiedad privada, sino también la propiedad comunal.

En base a todo lo expuesto, puede colegirse que las autoridades judiciales, en el marco del modelo argumentativo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, deben brindarle siempre a los derechos un sentido conforme a los principios de progresividad y prohibición de regresividad, para lo cual deben realizar interpretaciones acordes con la evolución de los tiempos y el avance de los derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como manda la interpretación evolutiva. En base a lo afirmado, se tiene que toda interpretación en cuanto a un derecho que no tenga justificación en estos principios, será una decisión arbitraria y carente de razonabilidad.

2.3 La interpretación conforme al parámetro de convencionalidad

²⁸ En esta opinión consultiva, la Corte IDH, utilizó la interpretación evolutiva, para interpretar, en el marco del avance de los tiempos el alcance de las *familias diversas*. Ver Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 222.

La Constitución boliviana, en la primera parte del art. 13.IV, establece lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno”. En este marco, se establece que esta pauta contiene el principio de prevalencia, el cual a su vez está vinculado al principio de aplicación directa y preferente consagrado tanto en el art. 109.I como en el art. 256 de la Constitución; último artículo que, por su importancia, será analizado de manera específica cuando se analice el principio de favorabilidad.

Al margen de lo señalado, la segunda parte del art. 13.IV señala: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. Este mandato constitucional contiene la pauta denominada: *interpretación conforme al parámetro de convencionalidad*, por lo que en un modelo argumentativo sustentado en la aplicación directa de derechos, tal como lo establece el artículo 109.I de la CPE, las autoridades judiciales, para efectos de esta aplicación, deben brindar a la norma un sentido conforme al parámetro de convencionalidad, el cual, tal como se dijo al desarrollar la doctrina del bloque de constitucionalidad, no se restringe a los tratados internacionales referentes a derechos humanos ya que también contempla a los estándares internacionales en esta materia.

La interpretación conforme, debe ser realizada por las autoridades judiciales en tres supuestos específicos: Cuando exista una antinomia o contradicción de norma interna con el parámetro de convencionalidad; cuando exista colisión de derechos, principios o valores; o, cuando exista imprecisión u oscuridad en la norma interna, estos casos serán desarrollados de manera específica en este apartado.

*a. Contradicción de norma interna con el parámetro de convencionalidad.
Ejercicio del control de convencionalidad*

En el primer caso, es decir cuando existe una contradicción de norma interna con el parámetro de convencionalidad, a efectos de una interpretación *conforme* desde la pauta consagrada en el artículo 13.IV, toda autoridad judicial o administrativa, el Ministerio

Público, los vocales de las salas constitucionales y los jueces y tribunales de garantías en provincias cuando ejercen control tutelar de constitucionalidad; y, también el Tribunal Constitucional Plurinacional, deben ejercer control de convencionalidad. El cual, a su vez, tiene importantes estándares internacionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sistematizando la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden identificarse cuatro momentos hitos en la línea de pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primer estándar se generó a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el cual la Corte IDH al amparo de los principios del efecto útil de la Convención y de la *pacta sunt servanda*, estableció que los Estados miembros del sistema, no pueden ampararse en su normativa interna para incumplir sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos que fueron asumidas de buena fe, en este marco, la Corte IDH, señaló que el Poder Judicial, en estos casos de antinomia, debe ejercer control de convencionalidad²⁹.

El segundo estándar se generó en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú (Aguado Alfaro vs. Perú)*, en este caso la Corte estableció que el control de convencionalidad no sólo opera a pedido de parte, sino esencialmente *ex officio*.

Y el tercer estándar más alto se generó en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, en el cual se estableció que: “...es obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención (...) controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”. Desde esta perspectiva, es evidente que en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, toda

²⁹ En este caso, en el párr. 124, la Corte estableció: 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana. VERIFICAR Y CITAR BIEN. Además, en el párr. 125 señala: “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.

autoridad en el marco de sus sistemas de control de constitucionalidad pueden ejercer control de convencionalidad³⁰.

La doctrina del control de convencionalidad, conlleva la vigencia de un Estado Convencional de Derecho, que consagra el principio de convencionalidad y que se encuentra en plena armonía con el modelo del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho diseñado en la Constitución de 2009 (Olano, 2016, pp. 61-94).

El cuarto hito jurisprudencial identificable se presenta en el caso Radilla Pacheco vs. México, en el cual se desarrollan criterios argumentativos para el ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades judiciales, en este marco se señaló lo siguiente: “al momento de resolver un caso o tomar cualquier decisión estatal lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión; luego, analizar el sistema normativo que se va a utilizar y es aquí donde tiene su primer impacto el control de convencionalidad, ya que se amplía o robustece el sistema normativo aplicable pues no sólo queda limitado a las normas de origen interno (constitucionales, legales y reglamentarias), sino también a aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente (en este caso la CADH)”.

Desde la pauta constitucionalizada consagrada en el artículo 13.IV en armonía con las demás pautas descritas en este trabajo, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano desarrolló importante jurisprudencia, la cual se refleja en las fichas jurisprudenciales que se desarrollarán a continuación.

La primera ficha jurisprudencial a ser expuesta se refiere a la SCP 0847/2014, que evidencia el ejercicio del control de convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional en cuanto al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, pero además, en esta sentencia en coherencia con los estándares interamericanos vigentes, se establece que las autoridades judiciales y tribunales deben ejercer control de convencionalidad en virtud a los principios de independencia judicial y demás componentes del debido proceso.

³⁰ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores con México Corte IDH., Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 26 de noviembre de 2010, Serie C, # 220, párr. 225.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, la comunidad Puca Huasi denunció la vulneración a sus derechos a un debido proceso en sus elementos, fundamentación, motivación, congruencia y pertinencia, defensa, valoración razonable de prueba y otros; así como los derechos a existir libremente, a la tierra y territorio y a la consulta previa porque los Magistrados del Tribunal Agroambiental demandados emitieron una decisión que vulneró todos los derechos citados ya que se dispuso la nulidad del proceso de saneamiento ejecutado en esta comunidad por una supuesta sobreposición en una supuesta área urbana, sin que este cambio de área rural a área urbana haya sido sometido previamente a consulta previa, lo que implicaría la desaparición forzada de esta comunidad.</p>
<p>Precedente SCP 0847/2014</p>	<p>FJ. III2 "...En ese sentido, tanto el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE), como el de convencionalidad (arts. 13.IV y 256 de la CPE); exigen a las autoridades interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional. Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, como ya lo anotara la Corte Interamericana en los casos antes referidos" (sic) (resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Luego de reconducir la acción de amparo a acción popular, el TCP, en ejercicio del control de convencionalidad en cuanto a todos los estándares referidos al derecho a la consulta previa y a derechos colectivos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a pueblos indígenas, revocó la decisión del tribunal de garantías y concedió la tutela, por lo cual,</p>

ordenó a las autoridades demandadas emitir nueva resolución en el marco de los estándares internacionales aplicados en ejercicio del control de convencionalidad.

Otro ejemplo importante en cuanto al ejercicio del control de convencionalidad es el resuelto a través de la SCP 0572/2014, decisión que también estableció que toda autoridad judicial o administrativa debe ejercer control de convencionalidad, criterios que pueden ser evidenciados en la siguiente ficha jurisprudencial:

<p>Resumen del caso</p>	<p>La comunidad indígena “Takana El Turi Manupare II”, a través de una acción popular, denunció la vulneración a sus derechos al hábitat, al domicilio y al debido proceso; por cuanto no obstante estar asentados en tierras fiscales, el demandado, arguyendo tener derecho sobre ellas, contrató un grupo de personas de Riberalta, quemó catorce casas recién construidas, amenazó “revolver en mano” a los indígenas; por lo que piden el cese de cualquier acto de agresión física y psicológica en contra de la mencionada comunidad indígena.</p>
<p>Precedente SCP 0572/2014</p>	<p>FJ III.2 <u>“.....En ese ámbito, debe hacerse mención a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: la interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión-ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad-y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a</u></p>

	<p><u>los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)</u></p> <p>“(...) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.</p> <p>“(...) En ese sentido, tanto el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE) como el de convencionalidad (arts. 13. IV y 256 de la CPE) –que en mérito al bloque de constitucionalidad previsto en el art. 410 de la CPE, queda inserto en el de constitucionalidad exigen– a las autoridades interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional. Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, como ya lo anotara la Corte Interamericana en los casos antes referidos (...)” (resaltado y subrayado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El TCP en ejercicio del control de convencionalidad, confirme la decisión del tribunal de garantías y concede la tutela, disponiendo que la comunidad accionante retorne a su territorio ancestral catalogado como “tierra fiscal no disponible”. Asimismo, exhortó al INRA de Pando y a la ABT a defender la situación del territorio en conflicto.</p> <p>De la misma forma, exhortó al INRA de Pando, ABT y Juez Agroambiental del departamento de Pando, que al momento de aplicar disposiciones</p>

	<p>legales a los pueblos indígena originario campesinos, consideren los criterios de interpretación contenidos en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.</p> <p>También dispuso que el Tribunal de Garantías efectúe el seguimiento correspondiente al cumplimiento de esta sentencia constitucional.</p>
--	--

Es importante también resaltar el ejercicio del control de convencionalidad que realizó en la SCP 0033/2013 el Tribunal Constitucional Plurinacional en cuanto a la Convención Belém do Pará y a los estándares generados por la Corte IDH en el caso Campo Algodonero Vs. México, en este marco y en un contexto anterior a la vigencia de la Ley 348, el TCP estableció que en toda denuncia sobre violencia en razón de género, el Estado no sólo debe investigar y sancionar, sino también de manera reforzada por la situación de vulnerabilidad de la víctima, debe prevenir cualquier acto de violencia, siendo esencial en este marco las medidas de protección para las víctimas. Este razonamiento puede evidenciarse en la ficha jurisprudencial que se presenta a continuación.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional una mujer víctima de violencia física y psicológica denunció que el Ministerio Público no asumió ninguna medida de protección a su favor pese a la denuncia formulada, por lo tanto, al estar en riesgo su vida activa este mecanismo tutelar contra su expareja para que cecen los actos de violencia.</p>
<p>Precedente SCP 0033/2013</p>	<p>“FJ III.3.3. Sobre la tutela inmediata al derecho a la vida en el marco del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación (...)</p> <p>Ahora bien resulta relevante para resolver este caso lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México de 16 de noviembre de 2009 como la jurisprudencia contextual orientadora de este Tribunal al tenor del art. 13.IV y 256 de la CPE. En el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México de 16 de noviembre de 2009, referido a tres mujeres encontradas muertas en un campo algodón en la Ciudad Juárez ubicada en el Estado de Chihuahua del Estado Mexicano se trató la falta de investigación y adopción de medidas por el Estado</p>

para la debida protección de mujeres en la zona concluyéndose por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, ésta implica el deber del Estado de prevenir e investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al respecto, el Tribunal ha señalado que: a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura...

(...)

Por otra parte, debe recordarse que, el deber de los fiscales de otorgar protección a las presuntas víctimas de un delito no es potestativo sino se desprende de la gravedad y circunstancias del propio caso, ello porque por la naturaleza de la noble labor que aceptaron desempeñar se encuentran en posición de garantes respecto a las víctimas, por ello mismo, la adopción de medidas preventivas y de protección, deben ser de oficio, en este sentido, la falta de adopción de medidas preventivas y de celeridad en la investigación de casos de violencia en razón de género no sólo puede pesar en el éxito de la investigación sino provoca desconfianza y descrédito en la justicia, pudiendo incluso significar un mensaje inequívoco a los agresores de continuar la escalada de violencia, en este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras vs. México* sostuvo: “...La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia....

(...)

	<p>Para este Tribunal es claro que las autoridades fiscales no sólo deben buscar sancionar toda forma de violencia hacia las mujeres y el feminicidio sino prevenirlo independientemente a la gravedad del delito investigado que puede encubrir este tipo de problemática, además recuerda que nuestra Constitución y los Tratados de derechos humanos le obligan a otorgar la debida seriedad a toda denuncia que por irrelevante que parezca pueda encubrir violencia en razón de género pues conforme lo desarrollado en el Fundamento Jurídico III.2 de esta sentencia los procesos de violencia en razón de género justamente son progresivos e invisibles y consumen muy lentamente a sus víctimas obligándolas inclusive en ciertos casos al suicidio, conductas respecto a las cuales las y los servidores públicos no deben acostumbrarse sino combatir” (sic) (resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Luego de establecer que en denuncias referentes a violencia no es aplicable el principio de subsidiariedad y en el marco de una flexibilización procesal de la legitimación pasiva por la situación de urgencia, en ejercicio del control de convencionalidad en cuanto a la Convención Belém do Pará y los estándares consagrados en el Caso Campo Algodonero Vs. México, que resguardan el deber de prevención y protección reforzada a mujeres víctimas de violencia en razón de género, concede la tutela no solamente en relación a la ex pareja de la víctima demandada, sino también en relación a la fiscal que omitió brindar medidas de protección a la víctima.</p>

Otro caso emblemático que evidencia el ejercicio del control de convencionalidad es el resuelto a través de la SCP 0006/2016. En esta sentencia, en ejercicio del control de convencionalidad, se aplica de manera directa y preferente el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT que consagra el derecho a la auto identificación de los pueblos indígenas y en base a esta aplicación directa y preferente, se declara la inconstitucionalidad de los arts. 375 inc. a) y 396.II del Decreto Supremo 29215 de 2 de agosto de 2007. La argumentación jurídica del TCP, puede evidenciarse en la siguiente ficha jurisprudencial:

<p>Resumen del caso</p>	<p>En el decurso de un proceso de saneamiento de Tierras Comunitarias de Origen TCO ante el</p>
--------------------------------	---

	<p>Instituto Nacional de Reforma Agraria INRA, se solicitó al pueblo indígena de Quila Quila la personería jurídica otorgada por el Estado para la titulación colectiva de tierras, requerimiento impugnado por este pueblo indígena ya que al ser un pueblo ancestral de acuerdo al art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT debe asegurarse su derecho a la auto-identificación como criterio de identificación, frente a la negativa del INRA, en el decurso del trámite, se activó una acción de inconstitucionalidad concreta a través de la cual se cuestionó la constitucionalidad de los arts. 357 y 396.II del DS 29215 que exigían la personería jurídica como requisito para la titulación colectiva de tierras a pueblos indígenas, disposición que se denunció por ser contraria al art. 1.1 del Convenio 169 de la OIT.</p>
<p>Precedente SCP 0006/2016</p>	<p>“.....FJ. III.4. (...) Finalmente realizado el control previo de constitucionalidad de los arts. 357 y 396.II del DS 29215, se tiene que el Convenio 169 de la OIT, forma parte del denominado Bloque de Constitucionalidad, conforme se tiene establecido por el art. 410 de la CPE, y en ese marco de entendimiento que se encuentra plasmado en la SC 0110/2010-R, su contenido en virtud al principio de constitucionalidad, debe guardar necesariamente armonía con toda la normativa infraconstitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia; en ese marco el art. 1 del Convenio 169 de la OIT, determina los criterios para la conceptualización de pueblos indígenas a los cuales les son reconocidos derechos colectivos. Por tanto los Estados que hayan suscrito el referido convenio, deberán asegurar, respetar y resguardar los derechos de los pueblos indígenas, existiendo dos criterios que necesariamente deberán ser aplicados: a) De acuerdo al art. 1.1.b del referido Convenio: “...son considerados pueblos indígenas, aquellos que descienden de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”; y, b) De</p>

	<p>acuerdo al art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, otro criterio para la definición de pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos es: “La conciencia de su identidad indígena o tribal, que deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”, por lo que de acuerdo a la referida disposición, además del criterio descrito en el art. 1.1.b del citado Convenio, el criterio de la “autoidentificación” reconocido por el art. 1.2 de igual Convenio 169, también debe ser considerado por las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia para efectos de reconocimiento de derechos colectivos de los PIOC. El Estado Plurinacional de Bolivia, a partir de la Constitución Política del Estado de 2009, ha consolidado para los NPIOC, derechos fundamentales de naturaleza colectiva, generando para el Estado obligaciones destinadas a asegurar de forma eficaz dichos derechos, en ese sentido, la autoidentificación como criterio para determinar la existencia de esas colectividades expresamente reconocido en el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, debe ser asumido por la normativa interna y en particular por el DS 29215” (sic) (resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>En ejercicio del control de convencionalidad, luego de aplicar de manera directa y preferente el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 375 inc. a) y 396.II del Decreto Supremo 29215 de 2 de agosto de 2007.</p>

Las fichas jurisprudenciales desarrolladas, evidencian casos en los cuales el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerció control de convencionalidad, pero a su vez, dichos entendimientos, consagran el deber de ejercer control de convencionalidad no sólo para el Tribunal Constitucional Plurinacional, sino también para toda autoridad judicial o administrativa.

b. Colisión de derechos, principios o valores

Otro supuesto en virtud del cual las autoridades judiciales deben realizar una interpretación *conforme* con el parámetro de convencionalidad en el marco del mandato

contenido en el artículo 13.I de la Constitución, se presenta en casos en los cuales, el problema jurídico que plantee el caso concreto verse sobre una colisión de derechos, principios o valores, supuesto en el cual, en el marco de la pauta antes descrita (interpretación conforme al parámetro de convencionalidad contenida en el 13.IV de la Constitución), la autoridad jurisdiccional deberá realizar una ponderación y luego una argumentación jurídica destinada a justificar su decisión en el marco del test de proporcionalidad, para sustentar la conformidad de su resultado interpretativo con el bloque de constitucionalidad.

En base a lo señalado, en principio debe establecerse que todos los derechos tienen la misma jerarquía, sin embargo, cuando entran en colisión uno debe prevalecer en relación a otro, lo que no significa que la prevalencia de un derecho, principio o valor anule o suprima el otro u otros derechos, principios o valores en colisión, por lo que la labor de ponderación, obliga a la autoridad judicial a armonizar derechos y lesionar lo menos posible los mismos, por esta razón, el resultado interpretativo al cual arribe la autoridad judicial, debe ser sometida al test de proporcionalidad.

La ponderación, parte del criterio en virtud del cual los derechos no pueden ser concebidos como reglas jurídicas, sino como principios objeto de ponderación en casos de colisión de derechos (Alexy, 2004, p. 171)³¹. Por su parte el test de proporcionalidad, tiene la finalidad de evitar que se emitan decisiones arbitrarias que impliquen restricciones particulares a derechos a través de decisiones o sentencias judiciales (Vázquez, 2018, pp. 99-102).

Desde la óptica analizada, debe precisarse que: “La ponderación postula un principio general que es el de proporcionalidad, que consta de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; los cuales, siguiendo a Alexy, expresan la idea de optimización. Los subprincipios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las perspectivas fácticas...” (Alexy, 2010, pp. 104-105).

³¹ Alexy (2004), entiende a los principios de la siguiente manera: “...cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (p. 171).

En cuanto a la idoneidad, la autoridad judicial debe justificar que la medida asumida es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, es decir, es apropiada para una real materialización de dicho fin. En este marco, debe señalarse que: “La medida limitadora de un principio o un derecho debe resultar adecuada para alcanzar la finalidad por la cual se establece la medida. No será idónea cuando no resulte apta para su protección y, al contrario, resulte perjudicial para el otro principio en juego, sin ningún beneficio”³².

Además, en virtud del principio de necesidad, la autoridad judicial “...debe buscar aquella 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”³³, la aplicación de este test, brindará a la decisión una razonabilidad que será la condición esencial para fundamentar una conformidad con el bloque de constitucionalidad³⁴.

Para cumplir la proporcionalidad en sentido estricto se debe considerar lo siguiente: “Cuanto mayor será el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Desde esta lógica, para Luis Prieto Sanchís, “...ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”. Por su parte, Sánchez Gil (2008), afirma que “La idea de proporcionalidad evoca una relación adecuada entre cosas diversas, que la hace razonable por ser armónica y materialmente justa” (p. 225).

En base todo lo afirmado es importante señalar que la ponderación y el test de proporcionalidad que debe utilizarse en caso de conflicto de derechos, principios y valores, tiene fundamento constitucional en el artículo 14 de la constitución que consagra la igualdad material y la justicia material, que son concebidos como derechos, principios

³² Protocolo para juzgar con perspectiva de género. http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Genero-FINAL_Optimize.pdf. Página visitada 1/8/2017.

³³ Ídem

³⁴ Lamparello (2006), afirma que la razonabilidad sin método, puede derivar en un abuso discrecional y tener como consecuencia una sentencia muy poco razonable, por esta razón, el test de proporcionalidad es uno de los métodos de la razonabilidad (p. 177).

y valores. En mérito al respeto a la igualdad material y justicia material, en un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, se prohíbe tratos diferenciados arbitrarios, razón por la cual es tan importante la labor de ponderación en el marco del test de proporcionalidad, que garantizará en un caso concreto la prevalencia de un derecho sin que se anule o suprima el otro derecho, principio o valor en colisión.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado importantes precedentes en cuanto a la ponderación y el test de proporcionalidad, por ejemplo, en la SCP 0025/2018-S2, la cual ha desarrollado el test de ponderación para su aplicación en caso de colisión de derechos. En ese sentido, si bien esta sentencia emerge de un caso de medidas cautelares en materia penal, el contenido del test es aplicable a todas las materias y a todas las colisiones de derechos que pueda surgir en el análisis de un caso, por lo que dicho test tiene efecto vinculante para las autoridades judiciales.

Por su importancia los aspectos jurisprudenciales más relevantes de la SCP 0025/2018-S2 serán plasmados en la siguiente ficha jurisprudencial:

<p>Precedente SCP 0025/2018-S2</p>	<p>“III.2 (...) Lo anotado implica, entonces, que la autoridad, al momento de elaborar una ley, emitir una norma o aplicar una disposición legal que limita un derecho fundamental, debe efectuar un juicio de proporcionalidad en el que se analice tres aspectos fundamentales: a) Si la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es idónea o adecuada para la finalidad buscada con la misma; b) Si la medida limitativa o restrictiva es necesaria, y si acaso, existen otras menos graves, que restrinjan en menor grado el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida; y, c) Analizar la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en dilucidar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida</p>
---	---

	(...)
--	-------

Es importante señalar también que el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicó la ponderación de derechos y el test de proporcionalidad en numerosos casos, entre ellos, los correspondientes a las SCPs 1787/2013 de 21 de octubre, 0886/3013 de 20 de junio, 2029/2010-R de 9 de noviembre, 2695/2010-R de 6 de diciembre, 0548/2007-R de 3 de julio, 0618/2011-R, 1663/2013, 0100/2014, entre muchas otras más.

También puede presentarse una colisión de derechos individuales con derechos colectivos, supuesto en el cual debe realizarse una ponderación intercultural de derechos, como la realizada en las SCPs 1422/2012, 0778/2014, 481/2019-S2 y en la DCP 0006/2013, entre otras.

Los alcances de la ponderación intercultural fueron también desarrollados en la SCP 0487/2014, la cual estableció lo siguiente:

Resumen del caso	A través de una acción de amparo constitucional, la comunidad Puca Huasi denunció la vulneración a sus derechos a un debido proceso en sus elementos, fundamentación, motivación, congruencia y pertinencia, defensa, valoración razonable de prueba y otros; así como los derechos a existir libremente, a la tierra y territorio y a la consulta previa porque los Magistrados del Tribunal Agroambiental demandados emitieron una decisión que vulneró todos los derechos citados ya que se dispuso la nulidad del proceso de saneamiento ejecutado en esta comunidad por una supuesta sobreposición en una supuesta área urbana, sin que este cambio de área rural a área urbana haya sido sometido previamente a consulta previa, lo que implicaría la desaparición forzada de esta comunidad.
Precedente SCP 0487/2014	FJ III.1 “(...) en muchos casos, los jueces estarán obligados a efectuar una la ponderación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con la los derechos individuales que, conforme se ha dicho, a partir de lo previsto en el art. 13.III de la CPE tienen igual jerarquía; ponderación en la que se deberá

	<p>analizar si la medida adoptada, limitadora de un derecho tiene un fin constitucionalmente legítimo, analizando si dicha medida es idónea, necesaria y proporcional, los tres principios propios de los juicios de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, principios que, empero, deben ser interpretados pluralmente, considerando, se reitera los principios, valores, normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (sic) (resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Luego de reconducir la acción de amparo a acción popular, el TCP, en ejercicio del control de convencionalidad en cuanto a todos los estándares referentes al derecho a la consulta previa y a derechos colectivos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a pueblos indígenas, en el marco de una ponderación intercultural, revocó la decisión del tribunal de garantías y concedió la tutela, por lo cual, ordenó a las autoridades demandadas emitir nueva resolución en el marco de los estándares internacionales aplicados en ejercicio del control de convencionalidad.</p>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* resolvió una colisión de derechos (derecho a la familia, libertad e integridad personales, y a la vida privada) en relación al derecho a la vida; toda vez que, en el caso planteado, el Estado de Costa Rica, le negó a Artavia Murillo la fertilización in vitro, bajo el argumento que correspondía proteger el derecho a la vida desde la concepción; pues, en el proceso de fertilización in vitro, los embriones eran desechados³⁵. En este caso, la Corte IDH, analiza tres categorías esenciales:

- 1) Las consecuencias de una prohibición absoluta de fecundación in vitro en las personas que deseaban ser padres por este medio (Sólo los que contaban con recursos podían acceder a este procedimiento en el extranjero)
- 2) La poca previsibilidad de la prohibición, ya que la misma no tuvo la precisión y claridad que se exige para una prohibición mediante ley
- 3) La proporcionalidad de la medida, en este caso estableció que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por lo que deben estar

³⁵ Ver el análisis de este caso en: Vazquez, 2018, pp 106-109.

previstas en ley en sentido formal y material, deben perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En base a estos tres criterios, la Corte IDH realiza la labor de ponderación de derechos; y concluyó sosteniendo que:

“316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (supra párr. 264), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional”.

En este orden, en mérito del test de proporcionalidad utilizado, determinó el alto grado de intensidad de la interferencia en los derechos a la vida privada y familiar, por lo que en criterio de la Corte IDH, sería desproporcional y arbitrario, por una interferencia estatal de tan alta intensidad, anular o suprimir los derechos de las personas que quieren ser madres y padres a través del procedimiento de fecundación in vitro, máxime cuando la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la fertilización in vitro; además, la Corte resalta que “el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal...”³⁶

³⁶ Efectivamente, la Corte, en el párrafo 264, efectúa una interpretación del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la vida, estableciendo lo siguiente: “264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

Tal como anota Vásquez, en este importantísimo caso, la Corte utilizó un enfoque diferenciado o interseccional, ya que analizó situaciones de discapacidad, de género y situaciones económicas que evidenciaban profundas situaciones de discriminación indirecta, en efecto, la Corte IDH, valoró criterios de discapacidad emergentes de situaciones biológicas de infertilidad; valoró los estereotipos existentes en la sociedad en cuanto a las mujeres infértiles; analizó los alcances del tratamiento sobre el cuerpo de la mujer; y la situación económica de muchas parejas, ya que sólo aquellas que contaban con recursos económicos, podían salir del país para someterse a este procedimiento prohibido en Costa Rica.

La Sentencia de la Corte Interamericana que se comenta, es fundamental a efecto de analizar las posibilidades de despenalización del aborto, pues en este caso existe un problema jurídico de colisión de derechos que deben ser ponderados, entre ellos, la vida, la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, los derechos a la salubridad pública, etc. Estas colisiones fueron abordadas y justificadas en importantes precedentes por ejemplo de la Corte Constitucional de Colombia y también por la Corte Suprema de EEUU en el emblemático caso *Wade vs. Roe*, los cuales, de manera sucinta serán mencionados, considerando que en este acápite se está abordando el tema de la ponderación de derechos en colisión y la aplicación del test de proporcionalidad.

La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-355/06, ponderó la colisión de los derechos a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las mujeres vs. el derecho a la vida del no nacido. En este escenario de ponderación, hizo un análisis de proporcionalidad de la restricción de los derechos de las mujeres para determinar los casos en los cuales la penalización del aborto es desproporcional y por ende irrazonable y estableció lo siguiente:

“Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer; y en ese medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derecho o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”

En base a este resultado interpretativo que emergió de la labor de ponderación que realizó la Corte Constitucional de Colombia, esta instancia estableció el siguiente precedente:

El Estado no puede obligar a un particular a asumir sacrificios heroicos, por lo que no se puede intentar obligar a las mujeres embarazadas a concluir su embarazo cuando éste sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; cuando haya una amenaza a la salud de la mujer gestante, o cuando haya inviabilidad del feto.

En base a lo señalado, además, en el rol de armonización de derechos, ya que se estableció que la ponderación no implica hacer prevalecer un derecho y anular los otros derechos, la Corte Constitucional de Colombia en su decisión referente a la penalización del aborto señaló también lo siguiente:

El legislador tiene libertad política para prever otros casos en los cuales el aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

Es importante señalar también que la Corte Suprema de Estados Unidos, también se manifestó en cuanto al aborto en el marco de una labor ponderativa que realizó en el emblemático caso *Roe vs. Wade* de 22 de enero de 1973. En este caso, la Corte sometió a control de constitucionalidad una ley de Texas que tipificaba al aborto como delito, salvo casos de riesgos para la vida de la mujer, en un caso en el cual, Jane Roe, una mujer soltera quiso interrumpir su embarazo de manera legal. La Suprema Corte de Estados Unidos, inaplicó esta ley por ser inconstitucional ya que atentaba contra el derecho a la privacidad, en este marco, la Corte señaló que este derecho “...es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo”³⁷.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, también realizó la labor de ponderación en la SCP 0206/2014. A través de esta decisión en una interpretación

³⁷ Supreme Court of the United States. 410 U.S. 113 *Roe v. Wade*, Argued: December 13, 1971, Decided: January 22, 1973.

conforme al bloque de constitucionalidad estableció los casos en los cuales es permitida la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) en esta sentencia se estableció lo siguiente:

Casos en los cuales procede la Interrupción Legal del Embarazo

De acuerdo a la SCP 0206/2014, la mujer podrá acceder a un aborto legal y seguro cuando el embarazo fue producto de violación, incesto, estupro, o cuando la vida o la salud de la mujer esté en peligro.

Requisitos para la Interrupción Legal del Embarazo

- De acuerdo a la SCP 0206/2014, únicamente se requiere la presentación de la copia de la denuncia de violación, incesto o estupro y el consentimiento informado de la víctima. No será exigible ningún otro requisito formal.
- Si la víctima acude al servicio de salud antes de formular la denuncia, esta instancia pondrá en conocimiento del hecho al Ministerio Público y luego de manera informada la víctima podrá brindar su consentimiento para la interrupción legal del embarazo en los casos establecidos por la SCP 0206/2014.

La SCP 206/2014, además ponderó dos derechos en colisión de una forma que si bien hizo prevalecer uno, empero no anuló el otro, por lo cual su decisión es absolutamente proporcional.

En el marco de dicha Sentencia, el Ministerio Público emitió el Procedimiento Técnico para la Prestación de Servicios de Salud en el Marco de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014, ponderando el derecho de las mujeres y niñas víctimas de violación, incesto, estupro, o de mujeres cuya vida o salud esté en peligro con el derecho a la objeción de conciencia de los médicos, en este marco, se estableció que los profesionales médicos tienen el derecho a manifestar su impedimento a una interrupción legal del embarazo por convicciones personales protegidas por el derecho de objeción de conciencia, supuesto en el cual deberán comunicar esta decisión al Director del Hospital para que en el plazo de 24 horas computables desde la solicitud de la víctima, garantice su derecho a la interrupción legal del embarazo.

El ejemplo citado, es un ejemplo de ponderación en el cual debe primar el derecho de la víctima de violencia sexual o de una mujer cuya vida e integridad puede estar en peligro, sin embargo, este derecho no puede desconocer el derecho a la objeción de

conciencia de las y los profesionales médicos, por lo que será el Director del Hospital quien garantice el derecho de las mujeres sin anular o suprimir el derecho de los médicos.

Los casos expuestos evidencian que pueden presentarse problemas de colisión de derechos, los cuales, para que tengan una real *conformidad* con el bloque de constitucionalidad deben ser justificados por las autoridades judiciales desde el test de proporcionalidad, lo que evidencia la interdependencia entre la pauta constitucionalizada descrita en el artículo 13.IV de la Constitución y el artículo 14 que consagra la igualdad y la justicia, a partir de los cuales se prohíbe toda forma de discriminación, o de trato diferenciado arbitrario, desproporcional e irrazonable.

c. Imprecisión u oscuridad de la norma interna

Desde el artículo 13.IV, las autoridades judiciales, en el marco del modelo argumentativo vigente, deben brindarle a la norma un sentido *conforme* al bloque de constitucionalidad, en todos los casos en los cuales estas fueran oscuras, imprecisas o incompletas.

Un ejemplo de imprecisión que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional fue el referente a la Ley 348 de 9 de marzo de 2013 denominada Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia. Esta Ley, en el art. 5.IV establece que sus disposiciones serán aplicadas a toda persona que por su situación de vulnerabilidad, sufra cualquiera de las formas de violencia sancionadas por esta norma, independientemente de su género, sin embargo, todo el contenido de la norma, hace referencia a hechos de violencia contra la mujer. En este marco, frente a una imprecisión -que si bien intenta ser resuelta por el tenor del art. 5.IV de esta norma- era necesario brindar a esta disposición una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, interpretación que fue realizada por la SCP 0346/2018-S2.

La citada sentencia constitucional plurinacional, estableció que las previsiones de la Ley 348 se aplican a toda persona en situación de vulnerabilidad, independientemente de su género, por cuanto la violencia reprochada en esta ley, **si bien tiene como sujeto de protección a la mujer, por la violencia y la discriminación estructural que existe**

contra ella; sin embargo, también puede extenderse a varones en situación de vulnerabilidad porque éstos también pueden sufrir violencia en razón de género como consecuencia de los prejuicios o estereotipos de género cuando se apartan de los roles asignados a los hombres en sociedades patriarcales.

Por su importancia, a continuación se presenta la ficha jurisprudencial de la SCP 0346/2018-S2.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, la accionante, denunciada por su cónyuge varón por violencia familiar, sostuvo que en el proceso penal seguido en su contra por violencia familiar, la fiscal demandada impuso medidas de protección para el denunciante varón de violencia y sus hijos sin la debida motivación y fundamentación, lo que vulneraría sus derechos al debido proceso, a la libertad de residencia y locomoción, a la igualdad, a la propiedad y al principio de seguridad jurídica y los derechos de sus hijos, uno de ellos con discapacidad.</p>
<p>Precedente SCP 0346/2018-S2</p>	<p>FJ III.3 “(...) Consecuentemente, la Ley 348 fue promulgada con la finalidad de dar protección a las mujeres en situación de violencia, dado el alarmante índice de casos de violencia que se reporta en nuestro país; cumpliendo además, las normas internacionales sobre Derechos Humanos y las diferentes recomendaciones de los órganos de protección tanto del Sistema Universal como Interamericano de Derechos Humanos con relación a los derechos de las mujeres víctimas de violencia. De ello, se concluye que la mujer es el principal sujeto de protección de la Ley 348, de ahí, inclusive, el nombre de dicha Ley: “Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia”. Sin embargo, es la propia Ley 348, la que, en el art. 5.IV, referido a su ámbito de aplicación, establece que: “Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a toda persona que por su situación de vulnerabilidad, sufra cualquiera de las formas de violencia que esta Ley sanciona, independientemente de su género” (las negrillas son nuestras). Conforme a dicha norma, las disposiciones de la Ley 348 se amplían a toda persona en situación de vulnerabilidad, independientemente de su</p>

	<p>género; por cuanto, la violencia reprochada en dicha Ley, si bien tiene como sujeto de protección a la mujer, por la violencia y la discriminación estructural que existe contra ella; sin embargo, también puede extenderse a varones, en los casos en los cuáles éste sea víctima de violencia en razón de género. Efectivamente, la violencia en razón de género, no solo debe ser entendida como aquella ejercida contra las mujeres, <u>sino contra todos quienes se aparten de los roles y estereotipos asignados a hombres y mujeres; de tal suerte que, si un varón no “cumple” con dichos roles que social, histórica y culturalmente se les asignó - proveedores, jefes de familia, etc.-, y a consecuencia de dicho incumplimiento es sometido a violencia por parte de su entorno, indudablemente también será víctima de violencia en razón de género; y por lo tanto, debe ser protegido por la Ley 348.</u> Sin embargo, debe aclararse que los casos de violencia contra la mujer son mayores; pues, como se tiene señalado, fue histórica y culturalmente discriminada, de ahí, la preeminencia de su protección; de donde se concluye que en los casos en los que los varones aleguen violencia en razón de género, deberá demostrarse su situación de vulnerabilidad a consecuencia de las agresiones y violencia ejercida en su contra a producto de los estereotipos y roles de género, que lo sitúan en una desventaja y subordinación en su entorno; para ello, será conveniente efectuar el análisis de cada problema jurídico en su contexto y motivaciones propias, que serán diferentes en cada caso, debiendo demostrarse de manera objetiva dicha situación de vulnerabilidad; pues, si ésta no se presenta, corresponderá que el caso sea resuelto a partir de las normas penales y procesales penales. De lo que se concluye, que las medidas de protección fueron diseñadas por el legislador para proteger a las víctimas de violencia en razón de género, sea este femenino o masculino, que se encuentre en situación de vulnerabilidad frente a su agresor o agresora” (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El TCP concedió la tutela en relación únicamente a la fiscal demandada ya que las medidas de protección también pueden ser extendidas al varón cuando sea víctima de violencia familiar y esté en</p>

situación de vulnerabilidad por situaciones de discriminación en razón de género, sin embargo, ni la fundamentación, tampoco la motivación del requerimiento fiscal, contemplaron estos aspectos para establecer la medida de protección a favor de un hombre y sus hijos.

Como se evidenció, la sentencia constitucional plurinacional citada, brinda a la Ley 348 una interpretación *conforme* al bloque en cuanto al alcance de la violencia en razón de género y los criterios y conceptos importantes que fueron desarrollados por la jurisprudencia especialmente de la Corte IDH, en cuanto al género y su extensión a otras personas, incluidas las personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans o Trasgénero e Intersex denominadas LGBTI y también varones.

Al respecto es importante recordar las precisiones conceptuales que la Corte IDH brindó en la Opinión Consultiva 024/17.

Género

Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

La jurisprudencia de la Corte IDH y también de otros órganos del Sistema Universal de Protección a Derechos Humanos, como es el caso del Comité de la CEDAW, han establecido que la violencia es la forma más extrema de discriminación contra la mujer y se genera en un contexto en el cual priman estereotipos o prejuicios sociales especialmente cuando ésta se aparta de los roles que le son asignados, por ejemplo, históricamente se ha asignado a la mujer el rol del cuidado del hogar y de los hijos, por lo que la mujer que se aparta de estos roles, puede llegar a ser discriminada a partir de estereotipos o prejuicios que la podrían incluso considerar como “mala madre” y a partir de estos criterios podría suprimirse o limitarse sus derechos, por ejemplo a momento de decidir sobre la guarda de sus hijos. De la misma forma, el hombre históricamente ha sido considerado como el “proveedor del hogar”, desde esta concepción social, en casos en los cuales se aparte de este rol social y se dedique al cuidado de la casa y de los hijos, podría

estar en una situación de vulnerabilidad y también podría sufrir violencia en razón de género.

Asimismo, la Ley 348, ha sido interpretada *conforme* al bloque de constitucionalidad, porque también pueden sufrir violencia en razón de género las personas LGBTI, las cuales se alejan de los tradicionales roles que la sociedad, en el marco del sistema binario sexo/género, asigna a hombres y mujeres.

De acuerdo a la Opinión Consultiva OC-24/17 deben considerarse los alcances de los siguientes términos:

Sistema binario del género/sexo

Modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex)

Gays

Se refiere a los hombres que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraídos por otros hombres, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas.

Transgénero o persona trans

Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas.

Persona transexual

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

Persona travesti

En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

Las personas LGBTI, también son víctimas de históricas discriminaciones y por ende sufren violencia en razón de género al apartarse de los roles que el sistema binario sexo/género asigna a hombres y a mujeres.

En base a las definiciones realizadas por la Corte IDH, las cuales son armónicas con la evolución de las sociedades y del derecho internacional de los derechos humanos, es absolutamente acorde con el *bloque de constitucionalidad* la interpretación que el Tribunal Constitucional Plurinacional brindó en la SCP 0346/2018-S2 a la Ley 348.

2.4. La interdependencia e indivisibilidad de derechos

La interdependencia e indivisibilidad de derechos, son principios constitucionales y a su vez pautas constitucionalizadas de interpretación que se encuentran consagradas en el art. 13.I de la Constitución, que establece: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son ...interdependientes, indivisibles...”.

Al respecto, Olano García (2016), afirma que los derechos son indivisibles e interdependientes, porque cada derecho debe ser eficaz de una manera congruente y armónica con los demás derechos. En este contexto, desde la igualdad jerárquica de derechos, su aplicación directa y directa justiciabilidad, principios consagrados en el artículo 109.I de la Constitución tal como ya se señaló, este principio es de gran relevancia y fue ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por ejemplo, la acción de libertad conexa, tiene sustento en el principio de indivisibilidad e interdependencia de derechos, en este marco, la SCP 0019/2018-S2, bajo

esta figura, concedió la tutela en resguardo no sólo del derecho a la vida de una adolescente víctima de violencia sexual, sino también en resguardo de su derecho a la educación, tal como lo evidencia la ficha de caso que se expone a continuación.

<p>Resumen del caso</p>	<p>La accionante, adolescente víctima de violencia sexual, como consecuencia de la violencia sufrida presentó un diagnóstico de “ideación y pensamientos suicidas”, por lo que era necesario el traslado desde su comunidad a la ciudad de El Alto, sin embargo, el Director de la Unidad Educativa en la cual estudiaba, no actuó con la debida diligencia que se requería para autorizar el cambio inmediato de unidad educativa, por lo que al estar en riesgo la vida de la adolescente víctima de violencia sexual, se activó la acción de libertad.</p>
<p>Precedente SCP 0019/2018-S2</p>	<p>“FJ III.2 La posibilidad de tutelar derechos conexos que no se encuentran dentro del ámbito de protección de la acción de libertad: Manifestaciones del principio de informalismo en el trámite de la acción de libertad (...)</p> <p>Finalmente, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1977/2013 de 4 de noviembre, aplicando en su razonamiento los principios y valores que irradian el orden jurídico del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario⁶ y en virtud del carácter informal de la acción de libertad y de la interdependencia de los derechos, posibilitó al juez constitucional ampliar su análisis sobre otros derechos vinculados o conexos a los derechos tutelados. Así como la posibilidad de extender su ámbito de protección frente aquellos actos ilegales no denunciados inicialmente, pero conexos con el acto lesivo que motivó la acción tutelar. En consecuencia, a partir de esta sistematización, se concluye que es posible ampliar el ámbito de protección de la acción de libertad respecto a otros hechos y derechos por conexitud; entendimiento que contiene el estándar de protección jurisprudencial más alto y que guarda armonía con la naturaleza jurídica de este instituto jurídico, regido por el principio de informalismo, que justifica la flexibilización que debe existir en el desarrollo de su procedimiento, a fin de alcanzar la protección inmediata y eficaz de los derechos que tutela,</p>

	desde una perspectiva diferente a la concepción ius positivista y a las prácticas formalistas que obstaculizan su vigencia” (sic) (resaltado ilustrativo”.
Razón jurídica de la decisión	En aplicación de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, se concedió la acción de libertad para el resguardo del derecho de la víctima a una vida libre de violencia y por conexitud, se tuteló también a través de la acción de libertad el derecho a la educación, ya que en el caso concreto, existe una interdependencia entre ambos derechos.

Otro ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de derechos se encuentra en el derecho al trabajo y a la justa remuneración, en este marco, por ejemplo, la acción de amparo constitucional que conceda la tutela por afectación del derecho al trabajo frente a despidos arbitrarios, no sólo debe ordenar la restitución de la persona afectada a su fuente laboral, sino que también debe ordenar el pago de los sueldos devengados, en el marco del principio de interdependencia de derechos. Por esta razón, esta es una pauta específica de interpretación que debe ser cumplida por todas las autoridades judiciales en el ejercicio de sus roles de justicia ordinaria y también por el máximo contralor de constitucionalidad, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional.

2.5 La inviolabilidad, incondicionabilidad, irrenunciabilidad y fuerza expansiva de derechos

El artículo 13.I de la Constitución señala: “Los derechos reconocidos por la Constitución son inviolables...”, por lo que a partir de esta pauta se establece que los derechos en el marco el bloque de constitucionalidad y las construcciones plurales que sean realizadas por las autoridades judiciales, son inviolables, incondicionales e irrenunciables.

El carácter de la inviolabilidad de los derechos tiene fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, porque, desde el alcance del *jus cogens* los derechos están sometidos al principio de imperatividad, por lo que no pueden ser violados, alterados, condicionados, ni convalidados de manera arbitraria por los Estados miembros del Sistema Interamericano y Universal de Protección de Derechos Humanos.

Asimismo, a partir de estos principios, el derecho internacional de los derechos humanos, ha desarrollado el principio de *transversalidad* en virtud del cual los derechos deben impregnar todos los actos y decisiones de un Estado Constitucional de Derecho, principio que implícitamente se encuentra reconocido en el artículo 13.I de la Constitución y que es también una pauta constitucionalizada de interpretación de derechos que debe guiar la labor de interpretación judicial y de argumentación jurídica en el marco del modelo argumentativo vigente en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

De la misma forma, los principios antes señalados, son interdependientes al principio de exigibilidad reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos y que implícitamente se encuentra consagrado en el artículo 13.I de la Constitución, por lo cual, los derechos, en el marco de su transversalidad e irrenunciabilidad, pueden ser exigibles no sólo en relación al Estado, sino también en relación a los particulares. En este marco, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0085/2012, desde este principio implícitamente contenido en el art. 13.I, desarrolló la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos, en virtud de la cual, estos son exigibles no sólo en relación al Estado, sino también en cuanto a los particulares, así se evidencia en la ficha jurisprudencial que se presenta a continuación.

<p>Resumen del caso</p>	<p>El accionante a través de una acción de amparo constitucional denunció que los miembros del Comité Electoral de una cooperativa telefónica lo inhabilitaron por no cumplir con los tres años de antigüedad que exigía la normativa, sin considerar que este periodo debe ser computable hasta el día de la elección y no así hasta la fecha de habilitación de candidatos.</p>
<p>Precedente 0085/2012</p>	<p>“III.1.1 La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La concepción de la teoría alemana del <i>Drittwirkung</i> y el fenómeno de irradiación de los contenidos esenciales de derechos fundamentales y de los valores justicia e igualdad. (...) Por lo expuesto, a partir de esta visión, se tiene que los derechos fundamentales, informan de</p>

	<p>contenido no solamente la esfera pública, sino también todos los actos, cláusulas y contenidos de ámbitos privados o corporativos, en cualquiera de sus formas o constitución jurídica, por lo tanto, en esta perspectiva, cualquier vulneración a derechos fundamentales, a partir de la estructuración de la teoría del <i>Drittwirkung</i>, puede ser oponible también a particulares, siendo en este caso la petición de amparo constitucional, un mecanismo idóneo para el resguardo de derechos fundamentales en esferas no públicas...” (sic) (resaltado ilustrativo)</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se concedió la tutela porque se estableció la violación del derecho de petición y otros derechos en su dimensión horizontal, ya que los derechos no son únicamente exigibles en relación al Estado, sino también en relación a particulares.</p>

De la misma forma, el principio *iura novit curia* como pauta de interpretación judicial, se encuentra implícitamente consagrado en el artículo 13.1 de la Constitución boliviana, por su interdependencia con los principios de inviolabilidad, transversalidad y fuerza expansiva de derechos, en este marco, las autoridades judiciales, más allá de ritualismos o formalismos extremos, los derechos debe ser protegidos aún cuando las partes procesales no lo hayan solicitado expresamente, por eso este principio tiene la siguiente traducción: Dame los hechos y te tutelo el derecho.

Como puede verse, este es un principio que rompe una tradición netamente positivista del derecho en el marco de roles procesales del juez supeditados a la voluntad de las partes.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló el principio *iura novit curia*, entre otras en las SSCCPs 2040/2013, 0304/2013-L, 0996/2017-S2, 0572/2014, las cuales por su importancia serán reflejadas en las siguientes fichas jurisprudenciales.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, se denunció la vulneración a los derechos al debido proceso, a la defensa, a la motivación de las resoluciones y a la tutela judicial efectiva, entre otros, porque en el decurso de un proceso de</p>
--------------------------------	--

	<p>nulidad de título ejecutorial, las autoridades demandadas sin resolver el fondo de la controversia declararán improbadamente la demanda por no haberse precisado si se demanda nulidad o anulabilidad y por no haber invocado de manera expresa las causales de las disposiciones finales de la normativa aplicable.</p>
<p>Precedente SCP 2040/2013</p>	<p>“FJ III.1 (...) Se tiene entonces que el derecho de acceso a la justicia reconocido por el citado art. 115.I de la CPE, faculta a las personas a exigir que las autoridades judiciales que conozcan sobre un conflicto determinado dentro su competencia y jurisdicción, proporcionen la solución al problema jurídico puesto en su conocimiento; emergiendo por tanto el deber de los jueces de aplicar el derecho que corresponda al conflicto jurídico que demanda una solución también jurídica. Para ello, los jueces, al momento de resolver un problema jurídico a través de sus fallos, deberán estar sujetos, sin pretexto alguno, a la aplicación de normas jurídicas según el orden de jerarquía que establece el art. 410 de la CPE, y que concuerda con el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ). Decisión judicial que al mismo tiempo deberá guiarse necesariamente bajo el principio de eficacia que establece el art. 30.7 de la LOJ, cuyo contenido sugiere imbuir de practicidad una decisión judicial, que se exprese el resultado de un debido proceso y que a la vez mantenga el efecto de haberse impartido justicia. Todo este desarrollo debe suponer que los jueces conocen el derecho, comprenden y requieren de la lógica jurídica, y que se encuentran habilitados y vinculados al ejercicio de la interpretación normativa; lo que conlleva ineludiblemente a aceptar que los jueces, con el conocimiento de los fundamentos de hecho de un problema jurídico, pueden identificar cuál es el derecho aplicable para resolver determinado conflicto. En ese sentido, <u>adquiere relevancia el principio del Derecho iura novit curia, que determina que los jueces se encuentran vinculados a aplicar las normas jurídicas que correspondan a la solución de determinado conflicto jurídico que se sustancia dentro el proceso establecido por ley, a pesar de que el derecho aplicable al caso concreto no haya sido invocado por las partes del proceso o lo haya sido erróneamente;</u></p>

	<p><u>cuidando que su aplicación no afecte el principio de congruencia, ya que los jueces no podrán ir más allá del petitorio, generar indefensión, ni sustentar su fallo en elementos fácticos distintos a los expuestos por las partes.</u> Por lo tanto, los jueces, en aplicación del principio <i>iura novit curia</i>, en general no deberían dejar de otorgar o resolver alguna pretensión jurídica o de derecho, bajo el sustento o fundamento de que alguna de las partes presentó su exposición de hechos y pretensiones sin el apoyo jurídico que sea aplicable al caso concreto, en otros términos, estas autoridades no deberían omitir o evadir resolver una problemática jurídica en el fondo por la ausencia de cita de normas jurídicas o la cita incorrecta de las mismas. En consecuencia, cuando el art. 115 de la CPE, reconoce el derecho de acceso a la jurisdicción señalando que: “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”; emerge, de acuerdo a todo lo expuesto anteriormente, el deber de las autoridades judiciales de aplicar el derecho que corresponda a la solución de determinado conflicto jurídico que se ventile según las normas procesales, independientemente de las omisiones o errores que puedan contener los argumentos jurídicos de las pretensiones o intereses de las partes; puesto que el fin último de la actividad judicial se enmarca en otorgar una solución al conflicto debatido por las partes y conocido por la autoridad judicial bajo parámetros objetivos que se respaldan en la aplicación de la Constitución y la ley.</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se concedió la tutela porque las autoridades demandadas vulneraron el derecho al acceso a la justicia, del cual emerge el principio del <i>iura novit curia</i>.</p>

De manera específica, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0304/2013-L, estableció que el principio *iura novit curia* debe ser aplicado en todas las acciones tutelares (Fj III.2). El mismo criterio fue aplicado en la SCP 0996/2017-S2 (Fj III.2), entre otras.

2.6 La pauta constitucionalizada de interpretación intercultural de derechos

Uno de los rasgos esenciales del modelo constitucional vigente es, tal como ya se dijo, la vigencia de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, desde este marco, se genera una pauta de interpretación intercultural de derechos emergente de la aplicación a la luz del principio de unidad constitucional de los artículos 13.1 con el 8.1, 9 de la Constitución.

Desde esta perspectiva, en el modelo de Estado vigente, los derechos ya no se interpretan únicamente de acuerdo al principio de universalidad, sino también se interpretan bajo pautas interculturales de interpretación de derechos, las cuales, desde la diversidad cultural y desde las diversas cosmovisiones, principios y valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, generarán consensos interculturales en el marco de un diálogo con el principio de universalidad de derechos, en aras de una construcción plural de derechos.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló una pauta de interpretación intercultural de derechos denominada *el paradigma del vivir bien*, que tiene como precedente fundante la SCP 1422/2014, posteriormente modulada por la SCP 0778/2014 y la SCP 481/2019-S2, que sistematiza los precedentes existentes sobre la interpretación intercultural de derechos. Las siguientes fichas desarrollarán de manera específica el precedente contenido en la SCP 0788/2014 y la sistematización efectuada por la SCP 481/2019-S2.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional denuncia que por un voto resolutorio, los miembros de la comunidad Buena Vides, prohibieron el ejercicio de sus usos, prácticas y costumbres y a la elección de sus autoridades del Ayllu Todo Santos.</p>
<p>Precedente SCP 0778/2014</p>	<p>“A.4 Razonamientos, conocimientos y saberes esenciales del presente fallo constitucional De acuerdo a la problemática planteada, la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, desarrolla dos razonamientos, conocimientos y saberes esenciales que se configuran como precedentes vinculantes para problemáticas futuras y se resumen en las siguientes: (...) 2) El paradigma del vivir bien, como pauta de interpretación intercultural para la tutela de derechos individuales o colectivos en contextos inter e</p>

intraculturales, establece parámetros de carácter general acordes con el nuevo modelo de Estado y en particular con el pluralismo la interculturalidad y la descolonización para que a través del control de constitucionalidad, en cada caso concreto, se asegure una real materialización del vivir bien y de sus valores constitutivos como ser la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía, entre otros, en ese orden, dichos parámetros a ser analizados en el marco de un diálogo intercultural componen de manera general los siguientes aspectos:

i) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales; y,

ii) 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 y naciones indígena originario campesina y obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichos actos o decisiones con los valores antes señalados, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos vigentes en contextos intra e interculturales.

El entendimiento antes descrito, en cada caso concreto debe ser utilizado verificándose la compatibilidad o incompatibilidad de los actos u omisiones denunciados como lesivos con los dos postulados descritos, los cuales componen el paradigma del vivir bien como pauta de interpretación intercultural de

	derechos fundamentales. Finalmente, debe señalarse que el desarrollo del paradigma del vivir bien en los términos antes señalados, es un razonamiento, conocimiento o saber de carácter esencial para el presente fallo y por tanto genera el precedente jurisprudencial vinculante” (sic).
Razón jurídica de la decisión	Luego de aplicar una reconducción procesal de una acción de amparo constitucional a una acción popular, se concedió la tutela a la comunidad Todos Santos porque las decisiones de la Comunidad de Buena Vides no era compatible desde el test del paradigma del vivir bien, que es una pauta intercultural de interpretación de derechos.

Resumen del caso	A través de una acción de amparo constitucional, los accionantes denunciaron la vulneración de sus derechos a la alimentación, a la propiedad privada, a la dignidad, a la defensa, al debido proceso, a la libertad de residencia, permanencia y circulación, al trabajo, a la vida, al agua, al “vivir bien” y a la salud, por cuanto en una reunión de comunarios, bajo la dirección de un autonombrado dirigente, sin respetar a las autoridades originarias, dictaron una resolución en la que se dispuso la devolución de parcelas de tierras, así como su expulsión, otorgando un plazo de noventa días para que abandonen la comunidad; asimismo, sembraron en su propiedad, quemaron su vivienda y construyeron otra en su propiedad, todo en base a supuestos antecedentes de avasallamiento y agresión a personas de avanzada edad..
Precedente SCP 0778/2014	III.2. La interpretación intercultural y sus dimensiones Sobre la interpretación intercultural o plural del derecho, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, ha señalado que en el pluralismo jurídico: ...supone redimensionar el sistema jurídico ius positivista, a partir de la experiencia y prácticas de los sistemas jurídicos indígenas, pero también implica considerar las prácticas, los principios y los valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinos cuando se les vaya a aplicar el derecho occidental, así como asumir interpretaciones interculturales de los derechos y garantías cuando se denuncie su lesión en los supuestos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejerzan sus sistemas de justicia, y, finalmente, efectuar ponderaciones cuando dichos derechos o garantías se encuentren en conflicto”.

La misma Sentencia Constitucional Plurinacional estableció que las autoridades administrativas, jueces y tribunales de justicia, deben asumir una interpretación de las normas jurídicas, de los derechos y garantías, que atiendan a:

- La flexibilización de los requisitos formales, cuando estos impidan un real acceso a la justicia constitucional, y la reconducción procesal de acciones cuando que se constituya en un deber tratándose de NPIOC.

- El principio de respeto a los derechos humanos y los criterios constitucionalizados para su interpretación, bajo el entendido que los derechos de las NPIOC son derechos humanos en su dimensión colectiva y, por ende, en el marco de la igualdad jerárquica de derechos contenida en el art. 13.III de la CPE, gozan de los criterios de interpretación contenidos en la Constitución Política del Estado, como el de favorabilidad, el de interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, el de progresividad y la directa justiciabilidad de los derechos humanos.

- La interpretación plural o intercultural del derecho cuando en un proceso judicial o administrativo intervienen naciones y pueblos indígena originario campesinos, en el marco de sus características, principios, valores, su cosmovisión, dando efectividad a lo previsto por el art. 8.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Así, conforme concluyó la SCP 0487/2014, la justicia constitucional y las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial, están obligadas a interpretar el derecho a partir del propio contexto de la nación y pueblo indígena originario correspondiente.

En el marco de lo señalado por la SCP 0487/2014, la interpretación plural o intercultural del derecho, puede ser comprendida en dos dimensiones: i) Cuando uno o más miembros de las NPIOC intervienen en un proceso del sistema ordinario o agroambiental; y, ii) Cuando se alegue lesión a derechos individuales al interior de la jurisdicción indígena originaria campesina. Ambas dimensiones serán analizadas a continuación.

III.2.1. La interpretación intercultural cuando uno o más miembros de una nación y pueblo indígena originario campesino se encuentran sometidos a proceso

La Sentencia antes anotada señaló que la interpretación intercultural o plural del derecho puede ser comprendida desde la consideración de los principios, valores, normas, procedimientos de los pueblos indígenas cuando:

“...se encuentren como demandantes, demandados, recurrentes, recurridos, etc., ante las diferentes autoridades administrativas o judiciales de las diferentes jurisdicciones previstas en la Constitución Política del Estado y también ante la justicia constitucional, lo que supone, conforme se ha señalado, flexibilizar requisitos de admisión y ritualismos procesales, tomando en cuenta sus procedimientos y normas propias, y también en el ámbito sustantivo, considerar la forma en que dichas naciones y pueblos indígena originario campesinos, conciben el hecho o acto que está siendo sometido a controversia, para en su caso, establecer los correctivos necesarios en la aplicación del derecho, que es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito penal, donde, de acuerdo al art. 391 del Código de Procedimiento Penal (CPP), cuando un miembro de una nación o pueblo indígena originario campesino sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, tanto los fiscales como los jueces deben estar asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas y que antes de dictarse sentencia, éste debe elaborar un dictamen a los “efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal...” o en su caso, desde una interpretación plural extensiva y favorable, a efecto que pueda ser juzgado en su propia comunidad, según sus normas y procedimientos propios”.

En el marco antes anotado, y precautelando los derechos de las NPIOC, la SCP 1235/2017-S1 de 28 de diciembre concedió la tutela solicitada por los accionantes, miembros de la comunidad indígena originaria guaraní Pueblo Nuevo, que a través de una acción de amparo constitucional denunciaron la vulneración de sus derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa; por cuanto dentro del proceso penal seguido por la presunta comisión de los delitos de avasallamiento, asociación delictuosa, estafa, y otros, las autoridades judiciales demandadas designaron un perito especializado en cuestiones indígenas guaraní, a fin de dar continuidad al juicio oral, no obstante que debieron haber anulado obrados hasta la imputación

formal, de acuerdo al art. 391 del Código de Procedimiento Penal (CPP).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en el caso analizado, razonó en sentido que si bien la inclusión de un perito en cuestiones indígenas no implica una materialización, como tal, del sistema jurídico de los mismos, pues esta supone una reconstitución o su autonomía para decidir y ejercer sus sistemas; sin embargo, la norma procesal penal efectúa un reconocimiento de la plurinacionalidad, interculturalidad, complementariedad y pluralismo, desde la etapa preparatoria del proceso penal; por ello, en el caso analizado el Tribunal entendió que correspondía a las autoridades judiciales observar la vulneración de los derechos de las NPIOC y, en el marco de una interpretación favorable, debieron haber corregido el procedimiento y anular obrados hasta antes de la radicatoria de la acusación y devolver el expediente al Juez de Instrucción Penal para que corrija el procedimiento conforme al art. 391 del CPP. Por otra parte, la interpretación plural está vinculada, de manera específica, a la interpretación de derechos y garantías, en los supuestos en los que existan conflictos entre derechos individuales y derechos colectivos, supuestos en los cuáles es indispensable que se analice -fundamentalmente la justicia constitucional, pero no solo ella- el derecho o garantía supuestamente lesionada a la luz de los principios, valores, derecho, cosmovisión de la nación y pueblo indígena originario campesino, a efecto de evitar interpretaciones monoculturales.

III.2.2. La interpretación intercultural cuando se alegue lesión a derechos al interior de la jurisdicción indígena originaria campesina: El paradigma del vivir bien

La segunda dimensión de la interpretación intercultural, está vinculada a los supuestos en los que se denuncie lesión a los derechos o garantías constitucionales de carácter individual a consecuencia de actos, decisiones o resoluciones pronunciadas por las autoridades indígena originaria campesinas, presentando para el efecto las acciones de defensa previstas en la Constitución Política del Estado y en el Código procesal Constitucional.

Para los supuestos antes anotados, la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, modulada posteriormente por la SCP 778/2014 de 21 de abril, diseñó el “paradigma del

vivir bien”, como pauta específica de interpretación intercultural de derechos fundamentales, bajo el argumento que a la luz de los principios de interculturalidad, complementariedad y descolonización (...).

Consiguientemente, en los casos en los que se denuncie vulneración de derechos individuales en la JIOC, como emergencia del ejercicio de los derechos colectivos de las NPIOC a la libre determinación y ejercer sus sistemas jurídicos, ante la existencia de un conflicto entre derechos -colectivos e individuales- es indispensable aplicar el paradigma del vivir bien para la ponderación intercultural de derechos; por lo que, ante la existencia de varios precedentes vinculados al tema, es necesario sistematizarlos, conforme a lo siguiente:

a) Antes de la aplicación del paradigma del vivir bien, y con la finalidad de efectuar una ponderación intercultural de derechos, corresponde identificar:

a.1. Las características de la comunidad, nación o pueblo indígena originario campesino de donde emerge la acción de defensa, utilizando para el efecto métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades y su autoridades o ex autoridades (Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0722/2018-S4 y 0778/2014);

a.2. La naturaleza del conflicto, así como de las condiciones particulares de las partes intervinientes en el conflicto, ello con la finalidad de identificar las partes en conflicto, flexibilizar las condiciones de acceso a la justicia constitucional, y aplicar normas específicas de protección, en mérito a su pertenencia a grupos de atención prioritaria, aplicando, en su caso un enfoque interseccional, adoptando, además, criterios de interpretación específicos para la protección de dichos grupos, como la interpretación intracultural favorable, según la cual -conforme lo desarrolló la SCP 1422/2012-cuando los actos denunciados como lesivos a derechos de mujeres o la minoridad en contextos intra e interculturales, corresponde asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión[7] (Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0722/2018-S4 y 0778/2014);

a.3. Si las autoridades de la estructura organizacional de la comunidad, nación o pueblo indígena originario

campesino de donde provienen los antecedentes de la acción tutelar, pueden resolver el conflicto con mayor inmediatez, para que -en su caso- la problemática pase a su conocimiento, en virtud al principio de subsidiariedad, salvo que se trate de una persona perteneciente a un grupo vulnerable o si sus derechos se encuentran en un riesgo inminente o son objeto de una evidente y grosera lesión que determine la tutela inmediata a través de la justicia constitucional (SCP 0722/2018-S4).

b) Para la aplicación del paradigma del vivir bien y efectuar la ponderación intercultural de derechos, los jueces y tribunales de garantías, así como las Salas Constitucionales y el Tribunal Constitucional Plurinacional, sobre la base de la identificación de los hechos, del conflicto y de las partes intervinientes, deben:

b.i. Analizar la compatibilidad del acto, decisión o resolución cuestionada a través de la acción de defensa con las normas y procedimientos propios de la nación y pueblo indígena originario campesino en cuestión; análisis que permitirá analizar si se han adoptado decisiones, resoluciones o realizado actos conformes o ajenos a su sistema jurídico (SCP 0778/2014);

b.ii. Analizar la compatibilidad del acto, decisión o resolución cuestionada a través de la acción de defensa con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesina, con el objeto de determinar si la decisión, resolución o acto impugnado tienen una finalidad compatible con dichos principios (SCP 0778/2014);

b.iii. Analizar si el acto, medida, resolución, o decisión es adecuada para lograr la finalidad buscada, en el marco de su cosmovisión y sistema jurídico (SCP 0487/2014);

b.iv. Analizar si el acto, medida, resolución o decisión es necesaria o si, en el marco de su sistema jurídico, existía la posibilidad de asumir una decisión menos invasiva a los derechos individuales (SCP 0487/2014); y,

b.v. Analizar la proporcionalidad de la medida (SCP 0487/2014) sobre la base de los siguientes elementos, examinando el contenido de los derechos que se encuentran en conflicto, a partir de nuestra Constitución Política del Estado, las normas del bloque de constitucionalidad y el caso concreto: a. El

grado de satisfacción de los derechos colectivos de la nación y pueblo indígena originario campesino con la aplicación de la medida, resolución o decisión, que inclusive puede ser graduada como intensa, moderada o leve; b. El grado de no satisfacción de los derechos individuales en conflicto con la aplicación de la medida, resolución o decisión, que también puede ser graduada como intensa, moderada o leve; y, c. Definir si la importancia de la satisfacción del derecho colectivo, justifica la no satisfacción del derecho individual en conflicto.

Efectuado este análisis, se podrá dar prevalencia a uno u otro derecho, atendiendo las circunstancias del caso, todo con la finalidad de materializar, como lo señaló la SCP 0778/2014, el valor del vivir bien, que de acuerdo al art. 8.II de la CPE, se alcanza a través de la concreción de los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales.

De acuerdo a Yrigoyen (2006), esta interpretación intercultural de derechos obliga a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria a interpretar los hechos y el derecho desde las visiones culturales de cada nación y pueblo indígena originario campesino, pero además, debe consagrarse la presencia de pueblos indígenas en la definición e interpretación de derechos, además esta interpretación intercultural de derechos, tiene la finalidad de restaurar el equilibrio y la prevención, tal como afirma Yrigoyen (pp. 537-567).

En este marco, al margen del paradigma del vivir bien antes expuesto que es un criterio para interpretar derechos en el marco de decisiones asumidas por las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, en un Estado plurinacional, la jurisdicción ordinaria también debe utilizar pautas interculturales de interpretación de derechos que contemplen la diversidad cultural en armonía con un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en ese marco, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional evidencia dos ejemplos importantes de interpretación intercultural de derechos y por ende de construcción plural en el marco de la interculturalidad.

Un precedente importante para la valoración de la prueba con enfoque de interculturalidad, se encuentra en la SCP 0890/2013 de 20 de junio, la cual establece que en un Estado Plurinacional que asume un pluralismo jurídico igualitario, las certificaciones de autoridades de las NAPIOCs tienen la misma eficacia y validez que el de las demás autoridades. Este precedente es plenamente aplicable en materia civil, en los terminos expuestos en la ficha que a continuación se realiza.

<p>Precedente en vigor SCP 0890/2013</p>	<p>III.3.El principio de igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y sus consecuencias.</p> <p>El reconocimiento y la adopción del pluralismo jurídico en nuestra Constitución Política del Estado (art. 1) no supone únicamente la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geográfico, sino, como lo ha entendido la SCP 0790/2012, un diálogo intercultural entre derechos: “...pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirllos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto” (negrillas agregadas).</p> <p>Ahora bien ese “diálogo intercultural” entre derechos sólo es posible si los diferentes sistemas jurídicos tienen igual jerarquía, pues sólo en el ámbito del pluralismo jurídico igualitario, se resignifica los derechos, abandonándose la visión monocultural en su comprensión, abriéndose, en consecuencia, las puertas para una verdadera descolonización de la justicia. En ese ámbito, debe señalarse que el art. 179.II de la CPE, reconoce la igualdad jerárquica de jurisdicciones, al señalar que: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”. El principio de igualdad jerárquica entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria no sólo implica igualdad en lo referente a la aplicación de las normas jurídicas</p>
---	--

	(jurisdicción), <u>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.</u> (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo).
--	--

Otro precedente importante en cuanto a la construcción plural de derechos de acuerdo a interpretaciones interculturales, puede encontrarse en la SCP 2007/2013, la cual, a través de un peritaje antropológico cultural y en el marco de una lectura plural de las fuentes de derecho, le brindó al derecho a la dignidad un enfoque intercultural que no se limita a la vida de las personas, pero además, desde esta lectura plural de las fuentes jurídicas, amplió el ámbito de protección de la acción de libertad a la dignidad humana con enfoque intercultural y tuteló este derecho en conexitud o interdependencia con del derecho a las espiritualidades, derecho cuyo enfoque supera la construcción universal del derecho a la libertad de culto y religión. Estos criterios se evidencian en la ficha jurisprudencial que se expone a continuación.

Resumen del caso	El accionante a través de esta acción de libertad, denuncia la vulneración de sus derechos a la dignidad, a la libertad y los “derechos religiosos”, al retener las personas demandadas el cadáver de su madre hasta que se cancele la deuda por servicios médicos.
Precedente en vigor SCP 2007/2013	“FJ III.3. La visión plural de la muerte, la dignidad y su vinculación con el derecho a la libertad de espiritualidad, religión y culto (...) El respeto de todo ser humano con un fin en sí, empieza por el respeto a la vida y al reconocimiento de los múltiples derechos en los que se despliega su dignidad, lo que presupone el reconocimiento de su derecho a la existencia. De tal forma, se puede afirmar categóricamente que el derecho a la dignidad humana es aquel que tiene toda persona por su sola condición de `humano`, para que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la

consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan” (las negrillas nos pertenecen).

(...)

Ahora bien, desde una concepción eminentemente civilista, podría sostenerse, conforme lo hace nuestro Código Civil, que la muerte pone fin a la personalidad (art. 2 del CC) y que por tanto, ya no se es titular del derecho a la dignidad, y que tampoco podría representarse a un fallecido en la defensa de derechos fundamentales por ser éstos inherentes a una persona física y con vida, que fue la posición que asumió el entonces Tribunal Constitucional en la SC 0001/2010-R.

(...)

Sin embargo, dicha concepción debe ser matizada a la luz de la importancia que reviste la “muerte” y los diferentes significados que tiene dentro de una comunidad, así como los efectos que produce en la familia, en la sociedad y en la cultura; aspectos que van más allá del enfoque civilista y que permiten afirmar que la dignidad de la persona trasciende a la “muerte” y, en ese sentido, el cuerpo humano no se disocia tan fácilmente de lo que en vida representó el ser humano, tanto para la familia como para la comunidad, quienes tienden a preservar la dignidad de sus seres queridos aún después de la muerte, dignidad que se encarna en el cuerpo humano. De ahí que históricamente, desde las diferentes culturas, religiones y concepciones, se haya guardado respeto al cuerpo y se hayan establecido diferentes ritos, homenajes y ceremonias, que forman parte del derecho a la libertad de espiritualidad, religión y culto, que puede expresarse en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, conforme lo determina el art. 21 de la CPE.

(...)

Ahora bien, **desde la perspectiva de las naciones y pueblos indígenas, el fallecimiento no implica la muerte de la persona, pues ésta permanece en la comunidad, sigue existiendo de un modo intangible.** Así, conforme concluyó la Unidad de Descolonización de este Tribunal, desde la concepción de los pueblos indígenas: “...no hay muerte (...) Nuestros abuelos no mueren, viven aquí; por ejemplo los chullpas caminan y están a

nuestro lado porque son nuestros antepasados, ellos también 'comen', 'beben' agua, 'viajan', 'trabajan', 'se visten', nos 'visitan' el primero de noviembre al medio día, luego se van al otro día, a la misma hora que (h)a llegado o ha arribado a esta pacha' (quien viaja siempre te visita) **Esta forma de concebir la vida, ratifica que para las naciones y pueblos indígena originario campesinos no hay muerte; simplemente es el 'paso de un espacio a otro del cosmos. (...) esa vida que es considerada 'sagrada', que está por encima de todo, tiene una traslación de un espacio a otro. Esta traslación es concebida, desde el occidente, como la 'muerte'. Pero desde la visión cosmocéntrica, esa transición sólo es un puente a otra 'vida' a otro ciclo vital. En suma, chacha o warmi, transita después de haber cumplido su ciclo vital en el espacio del aka pacha, a la comunidad de la naturaleza y a la comunidad de las deidades.**

Por tanto, este 'proceso' de transición de la vida, de un espacio a otro, se puede explicar con el siguiente ejemplo: 'la semilla (jatha/muju) muere y da paso a otra planta que nace, crece y reproduce en el fruto, el fruto da paso nuevamente a la semilla (jatha/muju). Este proceso, nos lleva a comprender que la semilla (jatha/muju), desde una visión ajena, muere; pero lo que realmente ha sucedido es la traslación de un espacio a otro, porque a partir de la semilla (jatha/muju) se genera la vida, y esta semilla (jata/muju) llega a ser tierra (que tiene a la vez su propia vida). En este caso se convierte en abono, y este abono genera vida a la vez, porque la planta que ha germinado de la semilla (jatha/muju), necesita de elementos como el abono para seguir desarrollándose. Por eso es cíclico. La otra vida. El ya 'estar' en otro espacio cósmico o pacha, por el efecto de la traslación, de un espacio de vida a otro, se le ha denominado la 'otra' vida, desde las naciones y pueblos indígenas. Y lo que debe quedar claro, es que en este proceso, no existe ruptura de los espacios, por decir así entre el 'alaxpacha' y el 'akapacha'. Estos espacios tienen su razón de ser a partir de las relaciones constantes, que interactúan. Esa es una de las razones del por qué, en la memoria indígena, se concibe que: 'continuamos conectados con nuestros antepasados, que son considerados como deidades sagradas, que continúan unidos con la comunidad humana y la comunidad de la naturaleza, a través de la convivencia; es más, nos

ayuda en la planificación de nuestras actividades de corto y largo plazo, en la resolución de problemas, a través de la conexión metafísica, que como ciencia nos muestra la salud; asimismo, la metafísica también nos permite el encuentro con nuestros seres queridos, por medio de los sueños que nos permiten regular, nuestras vidas y nos muestran el futuro” (las negrillas fueron añadidas). Desde esta concepción, entonces, no existe la muerte como tal, sino la transición en diferentes momentos y espacios cósmicos, concibiéndose así la vida “de manera holística en que todos los seres vivos son parte del cosmos, y como tales llegan a constituirse en la comunidad cósmica (sentido propio), en cualquiera de los espacios: aka pacha, mankha pacha, alax pacha y hanan pacha”.

(...)

Entonces, si desde la concepción de las naciones y pueblos indígena originario campesinos la vida es un tránsito hacia otros espacios o mundos, la muerte no existe como tal y, por tanto los seres que habitan los diferentes espacios del cosmos conviven en armonía y, el cuerpo de quienes ya no están en la comunidad humana, ivi (tierra), tiene un especial significado y valor y, en determinadas fechas y momentos, conviven con los hermanos que sí se encuentran en ese espacio, presentes en los ritos (yerure) y las ceremonias que se celebran, por ejemplo el mes de noviembre. Así, desde esa visión, no existe la muerte del ser humano y tampoco se halla la conversión del cuerpo en objeto, “del sujeto en objeto”; pues, en la cosmovisión ancestral, seguimos siendo sujetos más allá de la “muerte” concebida occidentalmente; por eso se habla y se pide ayuda a los “ajayus” “mirata reta”, quienes se convierten en “achachilas”, iya reta; es decir, energías individuales que al transitar a otro espacio, se convierten en una energía cósmica que se aloja en los cerros y montes (kaa), que son los depositarios de esas energías “sentipensantes”. En conclusión desde esta visión, se puede afirmar que el cuerpo de las personas no podría ser utilizado como un medio o instrumento para obtener beneficios económicos o para lograr el pago de deudas o para exigir la realización de alguna actividad, pues, por una parte, el cuerpo mismo, participa de la dignidad de los hermanos que habitan la comunidad humana y, por otra, al utilizar de esa manera el cuerpo, se impide al hombre o la

	<p>mujer transitar al otro espacio y la realización de los ritos y las ceremonias que coadyuvan a dicho fin. A similar conclusión se llega desde la perspectiva de las diferentes religiones, como por ejemplo la católica, que predica la dignidad de las personas como hijos de Dios y creados a su imagen y semejanza. Así, bajo esta perspectiva religiosa, la muerte no termina la relación con Dios, pues el centro de la fe cristiana es la creencia en una vida eterna. En ese entendido, en la resurrección, cuerpo y alma se unen entre sí para siempre. Por tal motivo, desde la religión católica se cree en la santidad del cuerpo y ello se afirma en los cuidados que se toman para preparar el cuerpo del fallecido para enterrarlo, previa celebración de los ritos del funeral católico: La vigilia por el fallecido, la misa de funeral o liturgia y el rito del último adiós” (sic) (resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se concedió concedió la acción de libertad por las siguientes razones: 1) Se amplió el ámbito de protección de la acción de libertad a la dignidad de las personas, derecho que debe ser concebido interculturalmente, por lo que el mismo no sólo se limita a la vida de las personas sino trasciende su vida en el marco de una construcción plural de derechos; 2) Se concede por conexitud la tutela a la dignidad humana con enfoque intercultural con el derecho a las espiritualidades en el marco de un pluralismo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.</p>
<p>Observaciones importantes</p>	<p>Es importante destacar que en este caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional requirió un peritaje antropológico-cultural a la Unidad de Descolonización, el cual, desde la las diferentes cosmovisiones de los pueblos indígenas y también de acuerdo a las costumbres mantenidas en el área citadina, observó las tradiciones de “Todos Santos”, en las cuales, se evidencia la creencia de un más allá después de la muerte, por lo que, desde esta diversidad cultural, el derecho a la dignidad humana, no puede estar limitado a la vida de las personas. Este es un caso emblemático que ejemplifica la importancia de la antropología jurídica en la construcción de líneas jurisprudenciales y la interpretación de derechos con enfoque intercultural.</p>

2.7 La interpretación desde el principio de favorabilidad

Uno de los pilares de la Constitución boliviana de 2009 se encuentra en el artículo 256, cuyo tenor literal, en el primer párrafo reza lo siguiente: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”.

Asimismo, el segundo numeral de esta previsión constitucional establece lo siguiente: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

Del contenido de esta pauta constitucionalizada de interpretación de derechos, puede advertirse que contiene al principio de favorabilidad y también al método de aplicación preferente, en este marco, toda autoridad que ejerza jurisdicción ordinaria o agroambiental, todos los vocales de las salas constitucionales o jueces o tribunales de garantías en provincias, y el Tribunal Constitucional Plurinacional, deben brindar a los derechos interpretaciones progresivas y favorables, nunca restrictivas, y en caso de existir una interpretación más favorable que la establecida en la ley o la Constitución, deben aplicar de manera preferente la interpretación más favorable y progresiva que se encuentre en un tratado internacional sobre derechos humanos o en los estándares internacionales en esta materia que como ya se señaló forman parte del bloque de constitucionalidad.

El principio de favorabilidad consagrado en el artículo 256 de la Constitución, está vinculado con los principios de interpretación referentes al pro persona, pro libertad, favorabilidad en relación a grupos de atención prioritaria, prevalencia de la justicia material, pro natura, entre otros, los cuales a su vez tienen génesis convencional en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al principio pro persona, Pinto (1997), señala que éste es “...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (p. 45).

El principio pro-persona desde la pauta del artículo 256 de la Constitución fue desarrollado por varias sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, entre ellas, la SCP 0872/2013, tal como se advierte en la siguiente ficha jurisprudencial:

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de esta acción de libertad, el accionante denunció la vulneración de su derecho a la libertad alegando estar con detención preventiva por más de treinta y ocho meses sin que exista sentencia ejecutoriada; sin embargo las autoridades demandadas rechazaron su solicitud de cesación a la detención preventiva alegando que la norma procesal penal no exige como condición para la cesación la sentencia ejecutoriada, sino simplemente requiere un pronunciamiento.</p>
<p>Precedente SCP 0827/2013</p>	<p>FJ. III.2. (...) Consiguientemente, en mérito a la ambigüedad de los sentidos normativos de dicha disposición legal, la misma debe ser interpretada 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. <u>En ese sentido, los principios <i>pro homine</i>, arts. 13.IV y 256.I de la CPE y 29.b) de la CADH, y progresividad (art. 13.I de la CPE) exigen que, al aplicar e interpretar los derechos humanos y fundamentales, siempre se acuda a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable y, en consecuencia, respecto a las limitaciones o restricciones en el ejercicio de un determinado derecho, se efectúe una interpretación restrictiva, con la finalidad de afectar lo menos posible a la vigencia y eficacia del derecho fundamental, garantizado de esa</u></p>

	<p><u>manera, el intérprete de la norma, la plena vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona</u> (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo.</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se revocó la decisión emitida por el tribunal de garantías y se concedió la tutela, ya que en aplicación del principio pro-persona interdependiente del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 256 de la Constitución, en caso de oscuridad en la norma, especialmente referente a medidas cautelares, siempre debe dársele una interpretación más favorable a la persona, especialmente cuando está privada de libertad, por lo tanto, para computar el plazo en casos de cesación a la detención preventiva por haberse cumplido el plazo establecido en la normativa procesal penal, el término resolución debe ser entendido en el sentido de sentencia ejecutoriada.</p>

La interpretación favorable, está directamente vinculada con el principio de igualdad material, ya que el fundamento constitucional de la favorabilidad es precisamente generar la igualdad especialmente para los grupos de atención prioritaria o para situaciones que generen asimetrías o desventajas.

En el marco de lo señalado, la favorabilidad también está vinculada a las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación descritos en el marco de una lista abierta por el artículo 14.II de la Constitución y en el 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos criterios son condiciones que históricamente han generado situaciones de asimetrías y han sido causa de discriminación, por ejemplo la discriminación por orientación sexual, por condición familiar o por otras categorías o criterios prohibidos de discriminación.

Un caso emblemático que versó sobre categorías o criterios prohibidos de discriminación, fue el resuelto a través de la SCP 0260/2014, tal como lo evidencia la ficha jurisprudencial que se presenta a continuación.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de inconstitucionalidad abstracta, el Defensor del Pueblo cuestionó disposiciones específicas del Reglamento para la</p>
--------------------------------	--

	<p>Convocatoria, Selección y Admisión de Postulantes a las Unidades Académicas de Pregrado de la Universidad Policial “Mcal. Antonio José de Sucre” y el Estatuto Orgánico del Sistema Educativo Policial, ya que establecían causales de inhabilitación a postulantes discriminatorias, contrarios a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al ne bis in idem, a la presunción de inocencia, entre otros.</p> <p>En esta acción se denuncia que la cuestionada normativa establecía como causal de inhabilitación a postulantes el tener antecedentes penales y antecedentes policiales, pero además, las y los postulantes de acuerdo al reglamento cuestionado podían ser inhabilitados en caso de tener sus padres antecedentes penales o policiales, en este marco, se señala que la normativa además exigía acreditar la “honorabilidad personal y familiar intachable”, por lo que debía presentarse los antecedentes penales del postulante y de sus padres.</p> <p>Asimismo, la normativa cuestionada inhabilitaba a los postulantes que tuvieran tatuajes, marcas o señales adquiridas en lugares visibles. De la misma forma, la normativa cuestionada establecía que una condición habilitante para el ingreso a los cursos de formación a pregrado y posgrado, era la calidad de soltero de la o el postulante, además de estar prohibida la descendencia. Además, la normativa cuestionada establecía que el postulante debía “Encontrarse dentro de los parámetros de estatura mínima requerida por la Policía Boliviana, acorde con su función y naturaleza”.</p>
<p>Precedente SCP 0260/2014</p>	<p>“FJ III.4.1 Respecto al requisito de “Tener estatura mínima de 1,70” (...) De dichos datos se extrae que la exigencia en la convocatoria para el ingreso a las Unidades Académicas Policiales, de tener una estatura de 1,70 m para hombres y 1,60 m para mujeres, <u>sobrepasa la altura promedio en Bolivia, exigencia que implica que la mayoría de las bolivianas y bolivianos, y en particular los miembros de las naciones y pueblos indígenas de occidente se encuentren discriminados y que, en ese ámbito, que nos encontremos ante una discriminación indirecta</u>, en los términos explicados en el Fundamento Jurídico III.2.1 de la presente (...)</p>

De lo explicado se constata que, no existe una justificación objetiva y razonable respecto a las limitaciones impuestas por las normas impugnadas para acceder a las Unidades Educativas Policiales, y tampoco existe proporcionalidad entre la medida adoptada, cual es el establecimiento del requisito de tener una estatura mayor a 1,70 m en el caso de varones, y de 1,60 m en el caso de mujeres, para el ingreso a las Unidades Educativas Policiales, y la supuesta finalidad de la misma cual es la idoneidad del servicio de la Policía Boliviana, institución que de acuerdo al art. 251 de la CPE, tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden público y el cumplimiento de las leyes en el territorio boliviano; pues dicha finalidad puede ser cumplida con idoneidad con independencia de la exigencia de tener una estatura que es superior a la media nacional, debiéndose añadir que dicha medida restrictiva al acceso a la educación y al acceso al servicio de la función policial tiene como efecto discriminar no sólo a las personas que no cumplen con el requisitos de la estatura, sino que además, lesiona el valor-principio-derecho a la igualdad y no discriminación en su dimensión colectiva, pues incide negativamente en las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que de acuerdo a los datos antes anotados tienen una estatura promedio inferior a la establecida como requisito para el acceso a las Academias Policiales” (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo).

(...)

FJIII.4.2 Respecto al requisito de “ser soltero sin descendencia”

(...)

En el caso de las disposiciones legales analizadas, es evidente que la limitación al ingreso a la formación de programas de educación en la Policía Boliviana relativas a ser soltera o soltero y no tener descendencia, no se asienta en ninguna justificación objetiva y razonable; toda vez que el justificativo de promover el rendimiento académico y la preparación de las y los cadetes no es un argumento objetivo que determine la validez constitucional de dicha prohibición, pues no resulta admisible una presunción genérica y absoluta sobre el probable comportamiento familiar de la o el candidato, al grado de que dicha situación de forma automática implique su descalificación,

	<p>presumiéndose que pueda tener bajo rendimiento académico o pueda dañar a la unión y prosperidad familiar, pues bajo dicho entendimiento, se llegaría al absurdo de prohibir que las y los estudiantes de las diferentes universidades contraigan matrimonio o tengan descendencia, lo cual resulta notoriamente ilógica, y si bien, por las especiales características que reviste la función policial es posible que se demanden mayores requisitos; sin embargo, la exigencia de ser soltero o soltera y sin descendencia de ninguna manera es una medida adecuada y necesaria para cumplir la misión constitucional asignada a la institución policial; ya que esas funciones pueden ser cumplidas por las personas con independencia de su estado civil y descendencia, al no menoscabar sus capacidades físicas, psicológicas y éticas. De lo dicho, también se desprende que existe una evidente desproporcionalidad entre la medida adoptada y los fines concretos perseguidos por la norma, cuales son, de acuerdo al informe de las autoridades emisoras de dicha disposición, el rendimiento académico y la protección a la familia y descendencia, pues, por un lado, la prohibición inserta en ambas disposiciones impugnadas de ninguna manera asegura el cumplimiento de dichas finalidades y por otra, dichas medidas son lesivas a los derechos de las familias, consagrados en los arts. 62, 64 y 66 de la CPE, así como al derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad” (sic).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas a través de esta acción de inconstitucionalidad abstracta.</p>
<p>Observaciones importantes</p>	<p>Puede evidenciarse que los problemas jurídicos que plantea el caso están vinculados a criterios prohibidos de discriminación referentes a pueblos indígenas y condición familiar, por tanto, en este caso, la interdependencia entre los arts. 256 y 14.II implica que se desarrolle una interpretación favorable para corregir criterios de discriminación indirecta.</p>

Entonces, por lo señalado, debe afirmarse que en todos los casos en los cuales la decisión judicial esté vinculada con un grupo de atención prioritaria, una situación de asimetría o cualquier criterio prohibido de discriminación, las autoridades judiciales deben brindar interpretaciones favorables para resguardar así la igualdad material, estas

interpretaciones favorables no constituyen tratos diferenciados arbitrarios, sino más bien tratos diferenciados destinados a corregir o superar asimetrías contrarias al principio de igualdad material.

Es importante señalar también que en el ámbito procesal, el 256 de la Constitución es una pauta esencial para las flexibilizaciones procesales, por su vinculación directa con el principio del *pro-actione* y con el de prevalencia de la justicia material.

El principio de prevalencia de la justicia material, denominado también *pro actione* desde el 256 de la Constitución y en coherencia con las demás pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, frente a casos de asimetrías o desventajas que puedan limitar o suprimir el ejercicio de derechos, postula la flexibilización de presupuestos procesales para la prevalencia de la justicia material, bajo dos requisitos específicos: La carga argumentativa para la autoridad jurisdiccional que en el caso flexibiliza presupuestos procesales y el análisis no en abstracto, sino en el caso concreto.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, desde la pauta constitucionalizada consignada en el artículo 256 de la Constitución, ha establecido importantes precedentes para la aplicación del principio de prevalencia de justicia material, entre ellos puede citarse a las SSCPPs 2271/2012³⁸; 139/2012³⁹; 281/2013⁴⁰; 0966/2013-L⁴¹; 0762/2013-L⁴²; y, 1219/2013-L entre otras.

Desde la pauta constitucionalizada en el artículo 256 de la Constitución, también se han desarrollado precedentes importantes en cuanto a la *reconducción procesal*, figura que puede ser aplicada no sólo por el Tribunal Constitucional Plurinacional, ni tampoco exclusivamente en control tutelar de constitucionalidad por las y los vocales de las salas

³⁸ En este caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional en el FJ III.3, realiza una reconducción de a una acción de libertad a una acción de amparo constitucional frente a las evidentes vulneraciones de derechos fundamentales de la accionante, concediendo la acción tutelar.

³⁹ En esta sentencia, en el FJ III.2 se desarrolló la protección de derechos fundamentales a la luz del principio de prevalencia de la justicia material.

⁴⁰ En esta sentencia, en el FJ III.1, a la luz del principio *pro-actione* se interpreta los medios de impugnación contra las resoluciones judiciales dictadas en ejecución de Sentencia.

⁴¹ Esta sentencia desarrolla el principio del *pro-actione* en el FJ III.8.

⁴² El principio de prevalencia de la justicia material sobre la formal fue desarrollado en el FJ III.6 de esta sentencia.

constitucionales o las y los jueces o tribunales de garantías en provincias que conozcan acciones de defensa, sino también por cualquier autoridad judicial en el ámbito de la justicia ordinaria o agroambiental.

La reconducción procesal, tiene fundamento en el artículo 256 de la Constitución que, como se dijo, consagra el principio de favorabilidad, pero además, tiene sustento en el principio de prevalencia de la justicia material y en el principio *iura novit curia*. La reconducción procesal tiene precedentes importantes en las SSCPPs 0645/2012, 487/2014 y 0778/2014. La SCP 0487/2014 contiene el estándar más alto para pueblos indígenas, ya que establece que en todas las peticiones de pueblos indígenas a la luz del principio de prevalencia del principio de prevalencia de la justicia material, corresponde a las autoridades judiciales realizar la reconducción procesal si fuera el caso.

La SCP 0778/2014 contiene el estándar más alto, de manera general, en la reconducción procesal porque flexibiliza requisitos que se establecieron jurisprudencialmente con anterioridad. Por su importancia, la ficha jurisprudencial que se expone a continuación evidencia el razonamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional denuncia que por un voto resolutorio, los miembros de la comunidad Buena Vides, prohibieron el ejercicio de sus usos, prácticas y costumbres y a la elección de sus autoridades del Ayllu Todo Santos.</p>
<p>Precedente SCP 0778/2014</p>	<p>“A.4 Razonamientos, conocimientos y saberes esenciales del presente fallo constitucional De acuerdo a la problemática planteada, la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, desarrolla dos razonamientos, conocimientos y saberes esenciales que se configuran como precedentes vinculantes para problemáticas futuras y se resumen en las siguientes: 1) De acuerdo a circunstancias concretas y en aplicación del método de ponderación para cada caso, la activación del control tutelar de constitucionalidad a través de cualquiera de las acciones de defensa, en mérito a la naturaleza de derechos a ser tutelados, podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional</p>

	<p>Plurinacional a la acción idónea para el resguardo de los derechos denunciados como vulnerados, labor que tiene la finalidad de consolidar una verdadera materialización del orden constitucional imperante, resguardar el principio de justicia material y asegurar un real acceso a la justicia constitucional, resguardando así la vigencia de valores plurales supremos como ser el “vivir bien” en el marco de los lineamientos propios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización” (sic) (resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Luego de aplicar la reconducción procesal de una acción de amparo constitucional a una acción popular, se concedió la tutela a la comunidad Todos Santos porque las decisiones de la Comunidad de Buena Vides no era compatible desde el test del paradigma del vivir bien, que es una pauta intercultural de interpretación de derechos.</p>

Asimismo, es importante señalar que el principio de favorabilidad contenido en el 256 de la Constitución, en el marco del modelo constitucional vigente, consagra otra pauta esencial de interpretación, el *pro natura*, el cual establece que para la protección de los derechos de la madre tierra, las autoridades judiciales deben brindarle interpretaciones lo más favorables y extensibles exentas de formalidades y presupuestos procesales extremos que eviten la materialización de los derechos de la madre tierra, en este marco, el *pro natura*, con fundamento en el artículo 256 de la Constitución, en el ámbito procesal constitucional plantea dos aspectos esenciales para la tutela y protección de derechos: La inversión de la carga de la prueba a la parte demanda y la aplicación del principio precautorio, es decir que para la protección de los derechos de la madre tierra, por el daño grave e irreparable que se puede causar, no es necesario la certeza jurídica, ya que en caso de no existir la misma debe protegerse de manera precautoria los derechos de la madre tierra. El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado importantes estándares en cuanto a este principio, de manera implícita en la SCP 0781/2016-S3 y de manera expresa en la SCP 0070/2017-S3.

Desde el artículo 256 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional también desarrolló otra pauta importante en el marco de nuestro modelo constitucional: El *pro pueblos indígenas*, en virtud del cual rigen normas y estándares internacionales o interpretaciones que efectivicen de mejor manera los derechos de los pueblos indígenas

(Yrigoyen, 2011). El principio *pro pueblos indígenas* es aplicable a justicia ordinaria, agroambiental y constitucional y fue desarrollado entre otras, por la SCPs 0487/2004.

Desde el principio de favorabilidad, el Tribunal Constitucionalidad también ha desarrollado en principio de informalismo en materia administrativa, entre otras, en las SCPs 1086/2012 de 5 de septiembre; y, 0031/2014 de 3 de enero.

2.8 La interpretación desde el principio de verdad material

Otra pauta constitucionalizada de interpretación, que a su vez es un principio, valor y derecho, es el de verdad material que se encuentra consagrado en el artículo 180 de la Constitución, disposición que de manera textual, en su primer párrafo, señala lo siguiente: “La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de (...) verdad material ...”.

El principio de verdad material, en un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho es esencial y marca un cambio sustancial de roles en la interpretación judicial y argumentación jurídica, ya que desde el paradigma lógico formalista (Wolkmer 2006), la autoridad judicial, en el marco de una igualdad formal, estaba sometido a una verdad también formal, sin embargo, desde el modelo argumentativo, vigente las autoridades judiciales en vía ordinaria o agroambiental deben guiar sus decisiones e interpretar la normativa de conformidad con el principio de verdad material.

En este marco, el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado importantes precedentes en vigor en cuanto a esta pauta constitucionalizada de interpretación de derechos, así por ejemplo, en la SCP 1631/2013 ha establecido que en casos concretos puede flexibilizarse la tasa legal y acudir a la santa crítica en el marco del principio de verdad material, tal como lo refleja la siguiente ficha jurisprudencial:

Resumen del caso	El accionante, a través de una acción de amparo constitucional denunció la vulneración al debido proceso, en sus elementos de motivación y valoración arbitraria de la prueba, porque en el proceso civil que se le sigue presentó recurso de casación en el fondo, el cual fue resuelto sin
-------------------------	--

	<p>motivación y utilizando los mismos argumentos que el Auto de Vista.</p>
<p>Precedente SCP 1631/2013</p>	<p>“FJ III.2.2. Sobre la interpretación del art. 397 del CPC y la razonabilidad en la valoración de la prueba (...) El art. 397. I del CPC, señala: “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”. Del contenido normativo se evidencia que 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</p>

	<p><u>como principio orientador que debe guiar las decisiones de los órganos judiciales.</u> En ese marco es que <u>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.</u> 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 <u>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 (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo)</u></p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Se deniega la acción de amparo constitucional, porque las autoridades demandadas aplicaron criterios sobre valoración razonable de la prueba a la luz del principio de verdad material.</p>

El principio de verdad material fue también invocado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1662/2012 (Fj III.3); entre otras.

MÓDULO III

EL MODELO ARGUMENTATIVO BOLIVIANO DESDE EL DERECHO JURISPRUDENCIAL

1. La visión del sistema plural de fuentes jurídicas

Uno de los rasgos del pluralismo jurídico de tipo igualitario es la vigencia de un sistema plural de fuentes jurídicas propio de un Estado Plurinacional que tal como ya se señaló, supera un Estado monista y monocultural. Desde esta perspectiva, en coherencia con el bloque de constitucionalidad descrito y con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, en el Estado Plurinacional de Bolivia rige el siguiente sistema de fuentes jurídicas:



2. La jurisprudencia a la luz del precedente en vigor como fuente directa de derecho

En el modelo argumentativo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, la autoridad judicial está sometida a un sistema plural de fuentes jurídicas, razón por la cual se debe tener una concepción plural del marco normativo, por lo que el escenario difiere sustancialmente al sistema de fuentes propio de un Estado monista, en el cual, la ley era fuente directa de derecho y la jurisprudencia, la doctrina y los usos y costumbres eran fuente secundaria de la ley, siempre subordinadas a ésta.

En cambio, en el Estado Plurinacional de Bolivia, la ley, será fuente directa de derecho en tanto y cuanto responda en contenido al bloque de constitucionalidad, este es el fundamento del modelo argumentativo vigente. Pero además, las normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, serán también fuente directa de derecho, que a su vez en un marco dialógico, generará complementariedad con las otras fuentes directas de derecho; de la misma forma, las normas derivadas que emergen de acuerdos de integración son fuente directa de derecho; y, finalmente, la jurisprudencia también es fuente directa de derecho a a luz del *precedente en vigor* y en el marco de la *doctrina del estándar jurisprudencial más alto*.

En base a lo señalado, es evidente destacar que la teoría jurídica boliviana tiene un capítulo de especial importancia: El derecho jurisprudencial, el cual, especialmente por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos tiene reglas de validez diferentes a las aplicables a la ley.

De acuerdo a lo señalado, en principio es importante precisar que el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, desarrolló la correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor, en este marco, precisó importantes aspectos de derecho jurisprudencial.

En efecto, esta decisión estableció que en derecho jurisprudencial y a efecto de una correcta aplicación e invocación del precedente en vigor, debe realizarse un análisis dinámico de línea jurisprudencial, eso quiere decir que debe realizarse una reconstrucción histórica de la línea jurisprudencial a partir de los entendimientos desarrollados por el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 2004 y que inició sus funciones el año 2008, luego por el Tribunal Constitucional de transición que funcionó entre el 2010 y el 2011, y también por el Tribunal Constitucional Plurinacional que inició sus funciones en enero del 2012.

Las reglas de derecho jurisprudencial se pueden plasmar en la siguiente ficha jurisprudencial:

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, el accionante, persona con discapacidad, denuncia la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la doble instancia, a una resolución motivada, entre otros, ya que en un proceso disciplinario seguido en su contra no le brindaron una tutela reforzada, la autoridad demandada estableció su destitución, decisión que fue impugnada, sin embargo ésta fue rechazada por supuesta presentación extemporánea en el marco de una interpretación arbitraria de una norma inaplicable al este tipo de procesos.</p>
<p>Precedente SCP 0846/2012</p>	<p>“III.3.2.2 Distinción entre precedente constitucional y la ratio decidendi (...) <u>se puede llamar precedente constitucional vinculante cuando éste es el fruto, el resultado de la interpretación y argumentación jurídica realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.</u> (...) Por lo que, el precedente constitucional es una parte de toda la Sentencia emitida por el Tribunal o Corte Constitucional, donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución Política del Estado prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas. (...) El precedente constitucional es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo (...) <u>Los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes.</u> Se identifican a las sentencias relevantes porque <u>son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente.</u> En el precedente constitucional se consignan: “las subreglas de Derecho”, “normas adscritas” o “concreta norma de la sentencia”, resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución Política del Estado o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho. El profesor Cifuentes, señaló que la</p>

	subregla, “Es el corazón de la decisión, de la cosa decidida” (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo).
Razón jurídica de la decisión	El TCP en revisión concede la tutela en el marco de una protección reforzada de tutela a personas con discapacidad porque entre otras razones una de las causas de la vulneración de derechos del accionante fue la incorrecta aplicación e invocación de precedentes constitucionales.

La referida sentencia constitucional plurinacional para justificar el precedente en vigor antes señalado, utilizó los siguientes argumentos:

1) “El derecho jurisprudencial esta positivizado en el art. 203 de la CPE, cuando señala: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”, norma que ha sido reproducida en el art. 8 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, referida a la obligatoriedad y vinculatoriedad de la jurisprudencia” (...) El Código Procesal Constitucional en su art. 15 bajo el *nomen juris* de carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias, refiere que: “I Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general..” (FJ III.3)

2) El derecho jurisprudencial no se agota en las normas constitucionales ni legales establecidas en los artículos 203 de la Constitución y 15 del CPCo, sino está conformado por la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional anterior, el Tribunal Constitucional transitorio y este Tribunal Constitucional Plurinacional. (FJ III.3)

3) La jurisprudencia es fuente directa del Derecho, por eso se reconoce su carácter vinculante para los órganos de poder público y particulares. (FJs III.3 y III.3).

4) El respeto y aplicación del precedente constitucional está vinculado al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la garantía de seguridad jurídica. (FJ III.3.1.a)

5) El respeto a los precedentes constitucionales, no implica que el Tribunal Constitucional Plurinacional petrifique su jurisprudencia, impidiendo el replanteamiento de problemas jurídicos aparentemente ya resueltos; por el contrario, puede cambiarla, mutarla, siempre que sea con motivación suficiente. (FJ III.3.1.d)

6) “En la medida que los precedentes sean más acordes con los principios, valores, derechos fundamentales, garantías constituciones de la Constitución Política del Estado y del Bloque de Constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional preferirá su fijeza. A contrario sensu, éste Tribunal aperturará su capacidad de cambio cuando esté acorde a ellos” (FJ III.3.1.d).

En base a la justificación realizada, se puede evidenciar que el precedente en vigor, será fuente directa de derecho y por ende genera efecto vinculante para la autoridad judicial en casos futuros que planteen el mismo problema jurídico, es decir un supuesto fáctico análogo.

Además, es importante establecer que la SCP 0846/2012 establece que para una correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor, debe realizarse un análisis dinámico de jurisprudencia en cuanto a las líneas jurisprudenciales, en este marco, este entendimiento señaló:

- 1) No es suficiente la identificación del precedente constitucional, a través del análisis estático de la jurisprudencia, se debe analizar la jurisprudencia constitucional también a través de un estudio dinámico, es decir, se debe apreciar de manera sistemática el desarrollo de la jurisprudencia, para ubicar el precedente constitucional en vigor en la línea jurisprudencial (FJ III.3.3)
- 2) **Las líneas jurisprudenciales, son la técnica para hacer el análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional. Son las respuestas o soluciones que la jurisprudencia ha dado a determinado problema jurídico, está conformada por un conjunto de sentencias que abordaron determinada temática (FJ III.3.3).**
- 3) **La jurisprudencia constitucional al ser en esencia evolutiva, se va modulando, ya sea extendiendo, o en su caso, restringiendo sus alcances, de ahí que es preciso hacer un recorrido entre las sentencias básicas o creadoras de líneas, sentencias moduladoras de líneas, sentencias confirmadoras o reiteradoras de línea, sentencias mutadoras o cambiadoras de línea y sentencias reductoras de línea, porque sólo con este análisis dinámico de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial se identifica el precedente constitucional en vigor (FJ III.3.3).**

La referida sentencia, establece también las reglas básicas para una correcta aplicación e invocación del precedente constitucional, las cuales se traducen en las siguientes:

Lo que se debe hacer a tiempo de aplicar o invocar un precedente constitucional para efectos de una cita técnica o de buena aplicación o uso de los precedentes (FJ III.3.5)

- 1) Debe citarse el precedente que tenga analogía en los supuestos fácticos (SC 0502/2003-R y SC 0186/2005-R).
- 2) Debe citarse el precedente identificando previamente el precedente constitucional en vigor. Para ello, debe compararse el precedente constitucional a aplicarse con la línea jurisprudencial.

Lo que no debe hacerse a tiempo de aplicar o invocar un precedente constitucional: Citas antitéticas o de mala aplicación o uso de los precedentes (FJ III.3.5)

- 1) No se puede citar de un precedente constitucional sin que exista analogía en los supuestos fácticos.
- 2) No se puede citar el obiter dictum (cuestiones incidentales, referencias doctrinales, citas de derecho comparado, mención a disposiciones jurídicas aplicables al asunto pero no decisivas de la resolución) como si fuera el precedente.
- 3) No se puede citar fundamentos jurídicos conclusivos o relacionales.
- 4) No se puede citar la Sentencia Constitucional confirmadora/reiteradora de línea sin hacer mención a la Sentencia Constitucional fundadora, moduladora o reconductora de línea.
- 5) No se puede hacer una cita incompleta del precedente y solo de la parte que nos favorece para el caso.
- 6) No se puede hacer uso incorrecto de la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo.

Es importante señalar también que la SCP 0846/2012, desarrolla otros criterios importantes de derecho jurisprudencial, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional en el tiempo, a través de la aplicación *retrospectiva* y *prospectiva* del precedente en vigor, la cual se evidencia de la siguiente manera.

Jurisprudencia constitucional retrospectiva	Requisitos para la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia
Un precedente constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Constitución Política del Estado desplaza su eficacia general, tiene validez plena en el tiempo y, por ende, no está regido por el principio de irretroactividad, lo que significa que puede ser aplicado a hechos pasados en forma retrospectiva, sin importar que los hechos a los que ha de aplicarse el entendimiento jurisprudencial hubieren acaecido con anterioridad al precedente constitucional. (FJ III.3.4)	La aplicación retrospectiva tiene tres límites: 1) La cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material, por lo mismo, sólo puede aplicarse retrospectivamente a procesos en curso; y, 2) La jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este

último caso, no se pueden aplicar en forma retrospectiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado

3) No se puede aplicar retroactivamente un precedente que podría restringir el derecho de acceso a la justicia constitucional, ya sea porque con dicha jurisprudencia se imponen o se endurecen los requisitos para la presentación de las acciones constitucionales, o se generan nuevas causales de improcedencia o, en su caso, el nuevo precedente, pese a efectuar una interpretación favorable del derecho - por ejemplo derecho a recurrir- podría dar lugar a que en su aplicación resulte desfavorable para el acceso a la justicia constitucional. (FJ III.3.4).

Jurisprudencia constitucional prospectiva: El overruling prospectivo

El Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de la SCP 0032/2012 de 16 de marzo, en una acción de libertad, aplicó el overruling prospectivo, es decir a futuro, en un caso en el que interpretó las reglas de competencia material para conocer acciones de libertad. Esta sentencia, señaló que: "...la eficacia prospectiva de la jurisprudencia o conocida como prospective overruling, referida al cambio de un precedente vinculante o la sustitución por otro que a partir de la introducción de un nuevo razonamiento adquiere carácter vinculante en casos posteriores; dicho de otro modo, el cambio o reemplazo del precedente vinculante, es aplicable en lo sucesivo y conforme a los criterios asumidos en el nuevo fallo. En ese sentido, la presente Sentencia Constitucional, a partir de su publicación tendrá carácter vinculante por mandato del art. 203 de la norma fundamental y del art. 8 de la LTCP, por cuanto resulta aplicable a todos los casos posteriores"

Asimismo, es importante señalar que al margen del precedente en vigor y la ratio decidendi, existe la *doctrina jurisprudencial*, que no genera efectos vinculantes ni obligatorios, sino es una fuente complementaria de derecho destinada a justificar las decisiones judiciales.

También es importante señalar que en coherencia con un pluralismo jurídico de tipo igualitario, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0907/2019-S4, estableció que las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia también son fuente directa de derecho

y sus precedentes en vigor son vinculantes para las autoridades judiciales, salvo que exista en relación al mismo problema jurídico una decisión más favorable del Tribunal Constitucional Plurinacional. En este sentido, la ficha que se transcribe a continuación es importante para su aplicación por las autoridades jurisdiccionales en materia civil.

**Sobre el precedente jurisprudencial vinculante
(Sistematización y modulación de línea jurisprudencial)
SCP 0907/2019-S4**

Resumen del caso

El accionante alegó la lesión del debido proceso en sus componentes del derecho a la fundamentación y motivación de las Resoluciones judiciales y a la valoración razonable y equitativa de la prueba, vinculados con el principio de igualdad ante la ley y seguridad jurídica; toda vez que, no valoraron adecuada ni razonablemente la prueba de descargo presentada en el proceso, como la carta de renuncia de la trabajadora, la nota de aceptación a la misma y el cobro de las comisiones que fue realizado por la trabajadora con posterioridad a la renuncia presentada; y, se apartaron de los entendimientos jurisprudenciales asumidos en cuanto a los efectos y valoración de la renuncia escrita del trabajador, sin explicar las razones o fundamentos para apartarse de tales entendimientos.

Un problema jurídico que plantea el caso es el de la correcta aplicación del precedente en vigor y su análisis en relación al Tribunal Supremo de Justicia

Precedente en vigor

III.3.Sobre el precedente jurisprudencial vinculante

Debemos partir señalando que, en el marco del Estado legislado de derecho, este es válido solo por haber sido establecido por la autoridad que tiene competencia normativa, concretamente el Órgano legislativo, por ello es que solo las leyes que emanaban de dicho órgano podían ser consideradas como fuente del derecho; así, bajo el positivismo jurídico una regla jurídica es derecho positivo aunque la misma resulte incompatible con el valor justicia y la moral, no obstante debía cumplirse con la regla jurídica, cualquiera sea su contenido, dado que se trataba del carácter del Estado, y el derecho, al ser voluntad del Estado, era concebido como un todo coherente, unitario y pleno; en ese marco, la labor del juez se encontraba legitimada solo a partir de la aplicación exacta de la ley, cuyo método básico era el silogismo jurídico, es decir que el Juez no interpretaba la ley.

Por el contrario, en el Estado constitucional de derecho, este se encuentra estructurado sobre valores supremos, principios, derechos fundamentales y garantías constitucionales, donde además rige el principio de

supremacía constitucional, en virtud al cual, cambian las condiciones de validez de las leyes, dado que ya no dependen solamente de su forma de producción, sino principalmente de su coherencia con los valores y principios consagrados en la Norma Suprema, de manera que, es la Constitución Política del Estado la fuente de legitimación del poder político, fuente y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; en ese sentido, cambia el papel del Juez, de simple aplicador de la ley, a su aplicación solo cuando la misma se encuentra en coherencia con Ley Fundamental, de manera que, nos encontramos frente a una constitucionalización del ordenamiento jurídico.

La indicada constitucionalización del ordenamiento jurídico, a decir de Riccardo Guastini, tiene como característica fundamental, la invasión de la Norma Suprema en todo el sistema de normas existentes, así como en la jurisprudencia y la misma doctrina, cuyas condiciones son: la existencia de una Constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la interpretación conforme de las leyes, y el valor de la jurisprudencia como fuente directa del Derecho en el Estado constitucional.

En cuanto a la última característica anotada, es decir, el valor de la jurisprudencia como fuente directa del Derecho en el Estado constitucional, se aplica en el ámbito de la jurisdicción constitucional, por expresa previsión del art. 203 de la CPE, que establece, que las decisiones y Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y desarrollada por el art. 15 del Código Procesal Constitucional (CPCo), cuando señala el carácter obligatorio de las resoluciones constitucionales para las partes intervinientes en el proceso constitucional, excepto las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos, que tienen efecto erga omnes, y el efecto vinculante para todos los órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares, de las razones jurídicas de la decisión.

Entonces, el precedente vinculante no es sino aquel que la jurisdicción constitucional, a través del desarrollo interpretativo de las normas jurídicas en cada resolución, extrae de las normas implícitas de la Constitución, subreglas concretas derivadas de los derechos abstractos, otorgando a través de estas (subreglas) un contenido normativo concreto a las cláusulas abstractas comprendidas en la Ley Fundamental, las que tienen sustento en los valores, principios, derechos y garantías constitucionales, que se constituyen en las bases esenciales del Estado constitucional de derecho; de manera que, la indicada jurisdicción realiza una labor creadora del Derecho, por lo tanto, se constituye ciertamente en una fuente directa del mismo. Razonamiento que también es aplicable al ámbito de la jurisdicción ordinaria, dado que, los jueces y tribunales de la indicada jurisdicción, tienen la función de aplicar la ley, empero –como quedó establecido precedentemente–, en el cumplimiento de dicha labor –por la necesaria coherencia que debe existir de la ley con los valores,

principios, derechos y garantías constitucionales–, debe realizar la interpretación de la ley, estableciendo de esa manera la jurisprudencia vinculante, la misma que tiene sustento en los arts. 38 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ) –Ley 025 de 24 de junio de 2010–, que señala que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia tiene, entre otras atribuciones, la de “Sentar y uniformar jurisprudencia”, de la misma Ley, que establece que las Salas Especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia tienen la atribución de “Sentar y uniformar jurisprudencia”, y 420 del Código de Procedimiento Pena (CPP), que establece el carácter obligatorio para los Tribunales y Jueces inferiores, de la doctrina legal establecida por la Corte Suprema de Justicia, ahora Tribunal Supremo de Justicia.

Los precedentes vinculantes tienen una labor importante en el ordenamiento jurídico, así:

- i) Preservan la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico, lo que obliga a los Jueces y Tribunales a otorgar un significado estable a las normas jurídicas, con la finalidad que sus resoluciones sean previsibles;
- ii) Protegen los derechos fundamentales y las libertades, evitando variaciones en los criterios de interpretación;
- iii) Preservan la igualdad, evitando que casos similares sean resueltos de manera distinta; y,
- iv) Ejercen el control sobre la actividad judicial, imponiendo a los Jueces y Tribunales una mínima racionalidad y universalidad, porque deben decidir el problema planteado a partir de razonamientos utilizados en anteriores supuestos (resoluciones).

Al respecto, la SC 0493/2004-R de 31 de marzo, se refirió a la importancia de uniformar la jurisprudencia y la aplicación del precedente en la jurisdicción ordinaria, al sostener que está vinculada al derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica, y a la predictibilidad de las resoluciones; lo que no significa que el precedente no pueda ser modificado, cambiado o mutado, empero con la motivación suficiente.

Por lo anotado se concluye que, los precedentes vinculantes son aquellas subreglas creadas a partir de la interpretación normativa por la autoridad jurisdiccional competente, la misma que se constituye en el fundamento jurídico de la decisión; por lo que, no hace precedente, la conclusión de los hechos de una determinada problemática jurídica; toda vez que, estos están sujetos a la actividad cognoscitiva del juzgador, utilizando a tal efecto los distintos métodos de valoración regulados en la norma procesal pertinente.

3. Los alcances de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto

Desde el principio de la *pacta sunt servanda*, se ha establecido que el Estado Plurinacional de Bolivia debe cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y en el marco de los principios de progresividad y prohibición de regresividad. En este contexto, si un derecho ha sido consagrado a través de un precedente, el cual como se dijo precedentemente es fuente directa de derecho, el Tribunal Constitucional Plurinacional en el futuro no puede mutar ese entendimiento para restringir o suprimir el derecho, porque estaría afectando los principios de progresividad y prohibición de regresividad y por ende podría generar responsabilidad internacional para el Estado.

Desde esta óptica, el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado la doctrina del estándar jurisprudencial más alto en la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, en base a este entendimiento, el precedente en vigor y por ende fuente directa de derecho con efectos vinculantes, no es necesariamente el último entendimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, sino la interpretación que desarrolla el derecho de manera más favorable y acorde con el principio de progresividad y la evolución del derecho en el derecho internacional de los derechos humanos y en el avance de los tiempos.

Lo expresado precedentemente, es una garantía para las personas y colectividades en el Estado Plurinacional de Bolivia, ya que es un límite a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional Plurinacional, puesto que si bien puede cambiar su jurisprudencia, empero, no puede cambiarla para restringir, suprimir o limitar un derecho ya reconocido toda vez que ese *aparente* cambio jurisprudencial que restrinja el derecho, constituiría un entendimiento aislado, ya que nunca sería precedente en vigor y por ende fuente directa de derecho.

En base a lo señalado, puede establecerse que la autoridad judicial está vinculada al precedente en vigor, que será fuente directa de derecho, en ese marco, el precedente en vigor será el entendimiento que desarrolle el derecho de manera más favorable, más coherente con el principio de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos y de acuerdo al avance de los tiempos. Además, la favorabilidad, tal cual ya se señaló, está vinculada a grupos de atención prioritaria o a cualquier persona o colectividad

que se encuentre en una situación de desventaja. Asimismo, el criterio de favorabilidad debe ser aplicado para generar una igualdad material en relación a criterios prohibidos de discriminación.

Además, es importante señalar que las reglas de derecho jurisprudencial difieren de las reglas establecidas para la validez de la ley, en este contexto, la ley, tiene un ámbito de validez temporal, en virtud del cual una ley posterior abroga o deroga a la ley anterior (criterio de temporalidad); en cambio, este criterio no es aplicable al precedente en vigor, ya que el criterio rector del precedente en vigor no es el de temporalidad, sino más bien el de favorabilidad, por lo que será fuente directa de derecho, el entendimiento más favorable y progresivo, aunque no sea necesariamente el último emitido por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

De acuerdo a lo afirmado, cuando la autoridad jurisdiccional en su análisis dinámico de línea jurisprudencial verifique la existencia de dos entendimientos contradictorios, debe aplicar el más favorable al derecho en discusión, aunque no sea el último entendimiento, ya que en jurisprudencia, no rige el criterio de temporalidad, sino el criterio de favorabilidad, por lo que el entendimiento más favorable generará el efecto vinculante.

El precedente en vigor a la luz de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue justificada por el Tribunal Constitucional plurinacional en los siguientes términos:

- 1) La expresión estándar más alto de la jurisprudencia constitucional resalta aquella o aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que hubieran resuelto un problema jurídico recurrente y uniforme, pero de manera progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad (FJ III.3).
- 2) El método de identificación del estándar más alto en la jurisprudencia constitucional, es a través de un examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, de tal forma que el precedente constitucional en vigor se constituirá en aquel que resulte de dicha comparación (FJ III.3).
- 3) La doctrina del estándar jurisprudencial más alto tiene su fundamento en lo establecido por los arts. 13.IV y 256 de la Constitución, que

configuran la obligación de interpretación más favorable en materia de Derechos Humanos, teniendo como parámetros las cláusulas de interpretación contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, entre ellas, el principio *pro homine* que establece que el juzgador debe aplicar aquellas normas y criterios de interpretación que resulten más favorables al respeto y goce de los derechos constitucionales de las personas (FJ III.3).

- 4) El uso del estándar jurisprudencial más alto tiene la menos dos consecuencias prácticas:
 - i) Provoca que un juez o tribunal en caso de contar con dos sentencias constitucionales contradictorias elija de acuerdo a las particularidades de cada caso el entendimiento que tutele de manera más adecuada los derechos fundamentales que llega a ser el estándar más alto.
 - ii) Asimismo, de existir diversos entendimientos jurisprudenciales no antagónicos sino progresivos los mismos deben armonizarse para la resolución más adecuada del caso en atención a los derechos fundamentales obteniéndose vía integración de jurisprudencia el estándar más alto (FJ III.3)

Es importante señalar también que la SCP 2233/2013 fue modulada por la SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero, la cual amplió los alcances del entendimiento fundador de línea jurisprudencial. En efecto, esta última decisión estableció que el precedente en vigor no se encuentra únicamente en los precedentes del Tribunal Constitucional Plurinacional, sino también en cualquier estándar internacional que plasme un entendimiento más favorable y progresivo al derecho.

La referida sentencia constitucional plurinacional, realiza la siguiente justificación:

- 1) Los estándares normativos de protección existentes en la dimensión internacional, que constituyen fuentes de obligación del Estado y sus particulares; cobraron mayor preeminencia en la labor hermenéutica del juez constitucional en este periodo constitucional, en virtud a las disposiciones constitucionales contenidas en los arts. 13 y 256 de la CPE, que incorporan dos principios relacionados estrechamente, referidos al *pro homine* y a la interpretación conforme a los Pactos e Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos; en virtud a los cuales, el intérprete constitucional debe inclinarse por aquella interpretación más favorable al derecho en cuestión (FJ III.3)

- 2) La aplicación favorable puede ser resultante de la tarea de control constitucional y/o convencional-, derivada de las disposiciones consignadas en los instrumentos internacionales, ya en su derecho

originario -texto constitucional o Tratado o Convención Internacional- o las contenidas en su derecho derivado de la interpretación efectuada por sus órganos competentes -resoluciones, directrices, recomendaciones, etc.-; acorde con ello, existen una serie de instrumentos que tienen especial relevancia para la solución del caso y que servirán como parámetro normativo y jurisprudencial para ese propósito (FJ III.3).

4. La tipología de los precedentes en vigor desde la correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor

En primer lugar es importante señalar que existen tres clases de sentencias constitucionales plurinacionales: Las sentencias relevantes, las sentencias confirmadoras de línea; y, las sentencias aisladas.

Las *sentencias relevantes*, son aquellas que de acuerdo al artículo 203 de la Constitución generan efectos vinculantes, ya que tal como lo estableció la SCP 0846/2012, son fuente directa de derecho. A su vez, estos precedentes relevantes pueden ser fundantes, moduladores de línea, mutadores de línea jurisprudencial, reconductores de línea o sistematizadores de línea jurisprudencial. Por su importancia serán desarrollados de manera específica en los siguientes párrafos.

Las *sentencias confirmadoras de línea* son aquellas que siguen el entendimiento del precedente en vigor, pero que por sí mismas no generan precedente.

Finalmente, las *sentencias aisladas* son aquellas que inaplican los estándares jurisprudenciales más altos y consignan un *aparente* cambio jurisprudencial. Estos entendimientos, de acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, nunca serán fuente directa de derecho, porque todo aparente cambio jurisprudencial que implique modificar un entendimiento para suprimir o restringir un derecho ya reconocido es contrario a los principios de progresividad y de prohibición de regresividad.

Un ejemplo de un entendimiento aislado, se puede advertir en la SCP 1609/2014, la cual aunque de manera expresa utilice el término “mutación de línea jurisprudencias”, pero plasma un entendimiento restrictivo y por ende que implica regresividad en cuanto

a la tutela del procesamiento indebido a través de la acción de libertad, por lo que de ninguna manera puede ser precedente en vigor, sino un entendimiento aislado y aunque de manera equivocada muchas sentencias constitucionales plurinacionales sigan este entendimiento, ésta será una sentencia aislada, ya que tal como se señaló, un precedente en vigor es fuente directa de derecho por el criterio de favorabilidad y no así por un criterio de temporalidad o convalidación, por lo que el precedente en vigor no necesariamente es la última decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, sino es la que sea más favorable al derecho en discusión.

Con la finalidad de aclarar el panorama, en un análisis dinámico de jurisprudencia se establece que el Tribunal Constitucional, que inició sus funciones jurisdiccionales el año 1999, estableció una auto-restricción jurisprudencial para la tutela del procesamiento indebido a través de la acción de libertad, toda vez que se estableció que el procesamiento indebido, es decir aquel proceso seguido en contra de las reglas del debido proceso, podía ser tutelado a través de lo que antes era el recurso de habeas corpus (ahora acción de libertad), únicamente cuando se haya cumplido con el principio de subsidiariedad excepcional, es decir se haya acudido previamente a través de mecanismos intraprocesales idóneos a la jurisdicción ordinaria para pedir la restitución del derecho, salvo absoluto estado de indefensión; y cuando exista una directa relación de causalidad entre el acto u omisión denunciados como lesivos al debido proceso con el derecho a la libertad física o de locomoción, entonces de acuerdo a esta auto-restricción jurisprudencial, cuando no existía esta directa causalidad, el debido proceso debía ser tutelado no a través del antes habeas corpus ahora acción de libertad, sino mediante la acción de amparo constitucional (SC 1865/2004).

Esta auto-restricción jurisprudencial, fue asumida también por el Tribunal Constitución de transición (2010-2011) y por el Tribunal Constitucional Plurinacional instaurado el 2012, hasta que en una coherente interpretación con las pautas constitucionalizadas de interpretación que ya fueron abordadas y en el marco de una interpretación lo más extensiva y favorable al derecho a la libertad, la SCP 0217/2013, mutó el entendimiento restrictivo y estableció que el debido proceso, es decir el procesamiento indebido, debía ser tutelado por la acción de libertad aún la causa de la restricción o supresión del derecho a la libertad fuese indirecta, por lo que cualquier acto

procesal que vulnerara el debido proceso y que de manera directa o indirecta afectara el derecho a la libertad, debía ser tutelado a través de la acción de libertad.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 1609/2014 “mutó” el criterio contenido en la SCP 0217/2014 y nuevamente aplicó la auto-restricción jurisprudencial para la tutela del procesamiento indebido a través de la acción de libertad, es decir, estableció que para que el debido proceso sea tutelado por la acción de libertad, el acto u omisión denunciados como lesivos, deben ser la causa directa de la supresión o limitación de la libertad, por lo cual, solamente las vulneraciones al debido proceso vinculadas a medidas cautelares o a aprehensiones ilegales serán tuteladas por la acción de libertad por esta directa causalidad, y las demás afectaciones al debido proceso en causas penales que puedan poner en riesgo la libertad pero que no sean la causa directa de la posible afectación a este derecho, debían ser tuteladas a través de la acción de amparo constitucional.

Sin duda el criterio contenido en la SCP 1609/2014 es absolutamente restrictivo, ya que debe recordarse que la acción de libertad tiene fundamento en el principio de informalismo que asegura un eficaz acceso a la justicia, en cambio, la acción de amparo constitucional, tiene mayores restricciones procesales, por esta razón tiene una fase de admisibilidad, en la cual se analizan requisitos de forma y causales de improcedencia reglada. Por estas mayores exigencias de la acción de amparo, sin duda el entendimiento de la SCP 0217/2014 es el más favorable al acceso a la justicia y, por ende, a pesar de una supuesta “mutación” ulterior (SCP 1609/2014) que en realidad se constituye en un entendimiento aislado, el precedente en vigor y fuente directa de derecho se encuentra en la SCP 0217/2014.

Al contener la SCP 0217/2014 el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la tutela del procesamiento indebido a través de la acción de libertad, a continuación se presenta su ficha jurisprudencial.

Resumen del caso	
	A través de esta acción de libertad, el accionante alega que, no obstante haber acreditado cambio de asesor jurídico mediante pase profesional, no le fueron notificados actuados procesales esenciales

	<p>como el auto de apertura de juicio y la remisión de la acusación ante el tribunal de sentencia, por lo que se lo colocó en absoluto estado de indefensión y se le impidió hacer uso de los medios de defensa que el ordenamiento jurídico establece.</p>
<p>Precedente SCP 0217/</p>	<p>“FJ III.1 La acción de libertad y su vinculación con el debido proceso; cambio de línea jurisprudencial (...)</p> <p>Los razonamientos citados precedentemente, han permitido la tutela del debido proceso mediante la acción de libertad siempre y cuando se encuentre directamente vinculado con el derecho a la libertad; sin embargo, de una interpretación sistemática y teleológica de los arts. 115.II, 125, 178.I y 180.I de la CPE, con relación al art. 46 del Código de Procedimiento Penal (CPCo), a la luz del principio de favorabilidad y la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, corresponde efectuar un cambio de línea jurisprudencial respecto a la tutela del debido proceso mediante la acción de libertad</p> <p>A este efecto corresponde extraer las partes esenciales de los precitados preceptos legales; en consecuencia, se tiene que el art. 125 de la Constitución, establece que: “Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o indebidamente procesada o privada de libertad (...), podrá interponer Acción de Libertad (...) ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará (...) se restablezcan las formalidades legales...”(las negrillas son nuestras); lo cual implica expresamente que, la acción de libertad se podrá activar en los siguientes supuestos: 1) Cuando se encuentre en peligro la vida; 2) Cuando exista o se denuncie persecución ilegal; 3) Cuando exista o se denuncie procesamiento indebido; y, 4) Cuando exista amenaza o privación efectiva de la libertad; es decir que, en cualquiera de estos supuestos, podrá acudir a la acción constitucional a efectos de que los derechos vulnerados sean protegidos o restituidos, no siendo imprescindible la concurrencia simultánea de dos o más de estos presupuestos para activar la presente acción tutelar y tampoco que se encuentren vinculados directamente con el derecho a la libertad o se desprendan de ella. Efectivamente, debe considerarse, por un lado, que los supuestos de procedencia de la acción de libertad señalados en el art. 125 de la CPE y el art. 47 del CPCo, y cuando</p>

	<p>se hace referencia al indebido procesamiento, <u>en ningún momento se condiciona la procedencia la vinculación directa con el derecho a la libertad física o personal.</u></p> <p>En ese entendido, bajo una interpretación literal de dichas normas, pero también atendiendo a una interpretación teleológica de las mismas, <u>debe señalarse que la garantía del debido proceso en materia penal es tutelable por la acción de libertad, aún no exista una vinculación directa con el derecho a la libertad física o personal, siendo suficiente la existencia de una relación indirecta con dicho derecho ante la amenaza de privación de libertad que el proceso penal supone.</u> Dicho razonamiento se refuerza con lo previsto en el art. 125 de la CPE, que determina que la acción debe ser presentada ante el juez o tribunal competente en materia penal, de donde se puede extraer que tanto la finalidad de dicha previsión como la intención del constituyente es que sean los jueces especializados en materia penal los que puedan analizar los supuestos de procedencia que se encuentran dentro del ámbito de la acción de libertad -que en su mayoría emergen de procesos penales, entre ellos el procesamiento indebido, pues, conforme al principio de especialidad, no resultaría congruente que las lesiones al debido proceso sean conocidas y resueltas a través de una acción de amparo constitucional. En cuanto al debido proceso específicamente, el art. 115 de la Constitución, lo reconoce como derecho y garantiza su ejercicio y por ende su protección, haciendo efectiva la misma al imponerlo como principio ordenador de la administración de justicia y de regulación de la actividad jurisdiccional ordinaria (arts. 178.I y 180.I CPE)...” (sic) (subrayado y resaltado ilustrativo).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>Revocó la decisión del juez de garantías y concedió la tutela por procesamiento indebido, ya que la omisión de correcta notificación de actos procesales esenciales, dejaron al accionante en absoluto estado de indefensión.</p>

Es importante señalar que, como en el ejemplo antes citado, el hecho que numerosas sentencias sigan un entendimiento aislado, no generará que el mismo sea fuente directa de derecho y precedente en vigor, porque de acuerdo a lo establecido por el artículo 13.I

de la Constitución, los derechos son inviolables y por ende no están sujetos a convalidaciones.

Al margen de lo señalado, por su importancia, a continuación se desarrollarán los diversos tipos de precedentes relevantes que generan efectos vinculantes para las autoridades judiciales.

a. Precedentes fundantes

El precedente fundante es aquel resultado interpretativo que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional por primera vez y que por ende, se constituye en hito jurisprudencial, el cual, será fuente directa de derecho con efecto vinculante para las autoridades judiciales.

Un ejemplo de sentencia fundante se tiene en la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, ya que a través de la SCP 2233/2013, el Tribunal Constitucional Plurinacional, por primera vez desarrolló este entendimiento.

b. Precedentes moduladores de línea

En un análisis dinámico de línea jurisprudencial, se tiene que la SC 0111/99, estableció la procedencia del amparo contra sentencias judiciales aparentemente ejecutoriadas, ya que hasta esta sentencia se entendió que el Tribunal Constitucional no podía “modificar” una decisión judicial con cosa juzgada. Posteriormente, la SC 0668/2010-R, es un entendimiento modulador de línea jurisprudencial, ya que desarrolló de mejor manera los fundamentos para la procedencia de la acción de amparo constitucional contra sentencias judiciales. En este marco, dicho entendimiento estableció que las decisiones judiciales que vulneran derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, no adquieren calidad de cosa juzgada, por lo que el control tutelar es el encargado de reparar estas afectaciones cuando las mismas no hayan sido tuteladas en vía judicial.

La citada sentencia, estableció también que entre el Tribunal Supremo de Justicia y el control tutelar de constitucionalidad, no existe una simple relación de coordinación,

sino una verdadera relación de subordinación en cuanto a tutela de derechos fundamentales, por cuanto, esta máxima instancia de justicia ordinaria se somete al control tutelar para el resguardo de derechos fundamentales.

La sentencia referida genera un precedente modulador de línea jurisprudencial, ya que amplía los alcances y fundamentos de la SCP 0111/99.

c. Precedentes mutadores de línea jurisprudencial

Estos implican un cambio de jurisprudencia y serán precedente en vigor siempre y cuando dicho cambio no implique una supresión o limitación regresiva a derechos ya consagrados por la jurisprudencia constitucional, ya que si plasman un cambio regresivo, tal como se dijo precedentemente, no constituyen precedente en vigor, sino un entendimiento aislado.

d. Precedentes reconductores de línea jurisprudencial

Este tipo de entendimientos asumen un entendimiento más favorable que dejó de ser aplicado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en este marco, un ejemplo de este tipo de precedente se encuentra en la denominada *acción de libertad innovativa*.

En efecto el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1994, en la SCP 1489/2003-R estableció que debía concederse la acción de libertad aun cuando hubiere cesado la restricción del derecho a la libertad física bajo la modalidad conocida como recurso de hábeas corpus innovativo, por lo que la concesión de tutela si bien no ordenaba la libertad de la persona arbitrariamente detenida, porque ya se encontraría en libertad, empero, establecía el deber de identificar a los responsables y reparar el daño. Posteriormente, la SC 0451/2010-R suprimió esta modalidad de acción de libertad y estableció que este mecanismo tutelar no procedía en casos en los cuales hubiera cesado la privación de libertad. El Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 2491/2012 recondujo el entendimiento al criterio más favorable sentado en la SC

1489/2003-R, por tanto, esta es una sentencia recondutora de línea jurisprudencial y por su importancia será desarrollada en la siguiente ficha jurisprudencial.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de esta acción de libertad, el accionante denunció una aprehensión ilegal por haber sido realizada fuera de horarios hábiles y porque las notificaciones que realizó el investigador asignado al caso fueron realizadas en domicilio personal y no de manera personal</p>
<p>Precedente SCP 2491/2012</p>	<p>“FJ III.1</p> <p>(...)</p> <p>Ahora bien, existen supuestos en los cuales posteriormente a esta persecución, ya no se está privando la libertad de la persona que solicita la tutela; sin embargo, ese aspecto no puede representar per se la imposibilidad del ejercicio de la acción constitucional, pues la acción de libertad, tiene distintas modalidades entre ellas se encuentra la modalidad innovativa. <u>La misma tradicionalmente procede a efectos de tutelar una detención cuando ésta ya ha cesado a efectos de no dejar en impunidad el actuar lesivo de quienes han lesionado el derecho a la libertad.</u></p> <p>(...)</p> <p>entiéndase la figura de la acción de libertad innovativa o habeas corpus innovativo como el mecanismo procesal, por el cual el juez constitucional asume un rol fundamental para la protección del derecho a la libertad personal, y por ello, en la Sentencia que pronuncie debe realizar una declaración sobre la efectiva existencia de lesión al derecho a la libertad física o personal, aunque la misma hubiera desaparecido, advirtiéndole a la comunidad y al funcionario o persona particular, que esa conducta es contraria al orden constitucional, en esta Sentencia también se debe emitir una orden al funcionario o particular que lesionó el derecho en sentido que, en el futuro, no vuelva a cometer ese acto, con relación a la misma persona que activó la justicia constitucional o con otras que se encuentren en similares circunstancias. Acorde a lo expuesto, y de acuerdo a la nueva coyuntura constitucional imperante desde febrero de 2009, nuestro país atraviesa un</p>

	<p>proceso de constitucionalización en sus instituciones jurídicas y políticas. No se encuentra al margen la justicia constitucional, que acoge parámetros interpretativos y de amparo más garantistas y favorables a la protección de los derechos y de los derechos humanos. <u>En ese sentido, la interpretación que debe hacerse respecto del art. 125 constitucional, no debe recorrer un camino restrictivo, en el sentido de que únicamente la acción de libertad pueda ser interpuesta cuando la persona se encuentre privada de libertad, pues partiendo de un criterio amplio y garantista como se tiene anotado, este mecanismo puede operar cuando efectivamente ha cesado la vulneración al derecho protegido.</u></p> <p>(...)</p> <p><u>De lo señalado, queda en evidencia que el reconocimiento de la acción de libertad innovativa en los casos de detenciones ilegales es el producto de una interpretación garantista de la naturaleza de la acción de libertad...</u>(sic) (resaltado y subrayado ilustrativos).</p>
Razón jurídica de la decisión	Se concedió la acción de libertad por la omisión de control de legalidad de aprehensión y en aplicación de la figura de la acción de libertad innovativo, la concesión de tutela fue solamente para efectos de responsabilidad de la autoridad jurisdiccional.

e. Precedentes sistematizadores de línea jurisprudencial

Este tipo de precedentes tienen la finalidad de sistematizar o agrupar todas las reglas y sub reglas jurisprudenciales de una determinada línea jurisprudencial, como ejemplo se puede citar a las SC 0044/2010-R y a la 1156/2013 que sistematizan la tipología de la acción de libertad. Esta sistematización se refleja en las siguientes fichas jurisprudenciales:

Resumen del caso	A través de esta acción de libertad, los accionantes denunciaron que las autoridades demandadas vulneraron su derecho a la libertad física y al debido proceso ya que pese a que se cumplió con la fianza económica interpuesta, se omitió disponer su libertad inmediata.
-------------------------	--

**Precedente
SCP 0044/2010-R**

“FJ III.5 La acción de libertad y la clasificación doctrinal del hábeas corpus

De la interpretación del art. 18 de la CPEabrg y el art. 89 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), en la SC 1579/2004-R de 1 de octubre, el Tribunal Constitucional concluyó que el recurso de hábeas corpus “...puede ser reparador si ataca una lesión ya consumada, preventivo si procura impedir una lesión a producirse o correctivo si intenta evitar que se agraven las condiciones en que se mantiene a una persona detenida”. En el contexto de la Constitución vigente y de la Ley del Tribunal Constitucional -que aún continúa vigente- se puede concluir que los tipos de hábeas corpus precedentemente aludidos, también pueden ser identificados en la nueva Ley Fundamental, e inclusive ampliados, conforme se pasa a exponer. De acuerdo a la SC 1579/2004-R de 1 de octubre, **el hábeas corpus reparador es necesario que se hubiere configurado una situación de privación de libertad física ilegal por haber sido dispuesta al margen de los casos previstos por la ley y/o incumpliendo los requisitos y formalidades de ley.** En la nueva configuración constitucional este tipo de hábeas corpus está previsto en el art. 125 de la CPE, cuando hacen referencia a los casos en que la persona considere que es indebidamente privada de libertad personal. **En el hábeas corpus preventivo, de acuerdo a esa misma sentencia, la detención aún no se ha producido pero puede presuponerse que es inminente, en tanto que la amenaza pueda demostrarse positivamente.** Este hábeas corpus también está contemplado en el art. 125 de la CPE, en los supuestos en que la persona considere encontrarse ilegalmente perseguida. Ahora bien, **la persecución ilegal, ha sido entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como “...la acción de una autoridad que busca, persigue, u hostiga a una persona sin que exista motivo legal alguno ni una orden expresa de captura emitida por autoridad competente en los casos establecidos por ley, o cuando se emite una orden de detención, captura o aprehensión al margen de los casos previstos por ley, e incumpliendo las formalidades y requisitos establecidos por ella”** (Así, SSCC 419/2000-R, 261/2001-R y 535/2001-R, entre otras). Conforme a dicho entendimiento, la persecución ilegal comprendería dos supuestos: a)

Órdenes de detención al margen de los casos previstos por la ley e incumpliendo los requisitos y formalidades de ley y; b) Hostigamiento sin que exista motivo legal, ni orden de captura emitida por autoridad competente. **En el primero supuesto, nos encontramos, propiamente, ante al hábeas corpus preventivo, explicado precedentemente; en tanto que el segundo, hábeas corpus restringido**, que de acuerdo a la doctrina procede cuando el derecho a la libertad física es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones que sin ningún fundamento legal, configuran una restricción para su cabal ejercicio. No existe, en concreto una amenaza inminente de privación de libertad; sin embargo, existe limitación en su ejercicio (Citaciones ilegales policiales, vigilancia domiciliaria, etc.).

(...)

Por otra parte, la SC 1579/2004-R de 1 de octubre, también hizo referencia al hábeas corpus denominado correctivo, que es aquel que “...protege al detenido de aquellas condiciones que agravan en forma ilegítima la detención, violando su condición humana. A través de este recurso, se garantiza el trato humano al detenido, establecido en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos”. Este tipo de hábeas corpus no estaba previsto expresamente en el art. 18 de la CPE abrg, como tampoco está explicitó en el art. 125 de la CPE; sin embargo, su base constitucional está implícita en ese artículo, y la base legal se encuentra en el art. 89 de la LTC, cuando se refiere a otras violaciones que tengan relación con la libertad personal en cualquiera de sus formas, siendo una de ellas el agravamiento ilegal de la situación del detenido o condenado (SC 1579/2004-R). **Dentro de la tipología desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la que se le ha agregado el hábeas corpus restringido, debe considerarse también al hábeas corpus instructivo y al hábeas corpus traslativo o de pronto despacho**, como se pasa a explicar: El primer (instructivo); hace referencia a la supuestos, en que el derecho a la libertad se encuentra vinculado al derecho a la vida, fundamentalmente en los casos de desaparición forzada de personas, y tiene como objeto identificar el paradero de la víctima, disponer su libertad e individualizar a los autores del hecho,

	garantizándose el derecho a la vida y también el derecho a la integridad física. Este hábeas corpus, ahora está previsto en el art. 125 de la CPE, cuando hace referencia a los casos en los que la persona considere que su vida está en peligro...” (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo).
Razón jurídica de la decisión	Luego de desarrollar la tipología de la acción de libertad y en aplicación de la tipología vinculada a la acción de libertad traslativa o de pronto despacho, por incumplirse el deber de celeridad vinculado a la libertad, se concedió la tutela.

MÓDULO IV

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN MATERIA FAMILIAR CON ENFOQUE DIFERENCIAL, DE GÉNERO, DE INTERCULTURALIDAD E INTERSECCIONALIDAD

1. El sexo, el género y el modelo hegemónico de masculinidad⁴³

El sexo es un dato biológico que, a partir de las características sexuales externamente percibidas, clasifica a las personas como hombres o mujeres. En este sentido, el artículo 3 de la Ley 807 de 21 de mayo de 2016 (Ley de Identidad de Género) define al sexo como la “Condición biológica, orgánica y genética que distingue a mujeres de hombres”.

De acuerdo a la Recomendación General No. 28 del Comité de la CEDAW, el género, es el conjunto de características, actitudes y roles social, cultural e históricamente asignados a las personas en virtud de su sexo biológico⁴⁴. En este mismo sentido, el artículo 3 de la referida Ley 807, establece que el género: “Es la construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas, prácticas o características culturales y otras costumbres para el hombre y la mujer”.

A partir de estos dos elementos, se ha estructurado el sistema binario sexo-género, a partir del cual la sociedad occidental ha organizado sus estructuras sociales, culturales, políticas, familiares, jurídicas, religiosas e ideológicas, en el marco de un modelo hegemónico de masculinidad que es la esencia del sistema patriarcal.

Esta repartición de roles a partir del dato biológico del sexo, ha generado una jerarquización del hombre y la histórica subordinación de la mujer, bajo la creencia de su inferioridad, debilidad y por ende deber de sumisión. La historia, la filosofía, la religión, las teorías políticas, sociales y religiosas han reproducido este sistema de dominación.

Los ejemplos que se citarán, demostrarán la idea de inferioridad de la mujer y la influencia de estas posturas en la política, la religión, la familia y todos los ámbitos de la vida social occidental.

⁴³ Este capítulo seguirá el contenido del texto de la Escuela de Fiscales del Estado denominado *Investigación con perspectiva de género* (Attard, 2021). Asimismo, asumirá el contenido de los textos *La protección reforzada a Personas LGBTI en el Ministerio Público* y *La protección reforzada a niñas, niños y adolescentes en el Ministerio Público* (Íbid.).

⁴⁴ COMITÉ CEDAW, Recomendación N° 28.

Pitágoras

El filósofo griego afirmaba: “Existe un principio bueno que ha creado el orden, la luz y el hombre, y un principio malo que ha creado el caos, las tinieblas y la mujer” (cit. por Beauvoir en el Segundo Sexo)

Aristóteles

El filósofo griego sostenía que “El macho es por naturaleza superior y la hembra inferior; uno gobierna y la otra es gobernada; este principio de necesidad se extiende a toda la humanidad”. Para el filósofo la hembra humana es un animal que nace, crece, se reproduce y muere. Por el contrario, el hombre es un ser social y político por excelencia; la mujer es un ser biológico y su función es la reproducción (Aristóteles, Obras Completas. Generación de los animales, 1932)

Rousseau

“Cuando la mujer se queja de la injusta desigualdad en que la ha puesto el hombre, comete un error, esta desigualdad no es una institución humana, o al menos no es obra del prejuicio, sino de la razón” (El Emilio, Cap. V). En cuanto a Sofía (El modelo rousoniano de mujer) el autor señala que esta “formada para obedecer a un ser tan imperfecto como el hombre, con frecuencia tan lleno de vicios y siempre tan lleno de defectos, debe aprender con anticipación a sufrir incluso la injusticia y a soportar las sinrazones de un marido sin quejarse” (*Íbid.*)

Samuel Johnson

“Es preferible ver una buena comida sobre la mesa a oír a la esposa hablar en griego”

Hegel

Para Hegel las mujeres pertenecen a la familia, están fuera de la ciudadanía y de los intereses universales y no tienen individualidad: son la madre, la hermana, la esposa, la hija. En cambio, los varones han de vivir para el Estado y las mujeres para la familia. (Miyares, 2014, p. 262)

Schopenhauer

Para este filósofo, la división entre los sexos es natural. Los sexos son modos de existencia perfectamente diversos y divergentes. El sexo masculino es reflexivo y el femenino es inmediato. Todas las mujeres deben ser seres de harén, y en esto las culturas orientales se han mostrado más sabias que Europa. Las mujeres no deben tener derechos y deben ser educadas en la sumisión. De no hacerlo así, se las hace infelices colectivamente. (Miyares, 2014, p. 262)

Los filósofos citados sólo como ejemplo, sin duda han tenido una influencia directa en la formación de los Estados modernos, en su institucionalidad, en sus sistemas políticos, jurídicos y culturales, han legitimado a partir de argumentos biológicos y “naturales” la diferencia de sexos y la asignación de los roles públicos, de cuidado y de dominio a los varones y el rol del cuidado de la familia, de exclusión de la vida pública y de obediencia y subordinación a la mujer.

Para una mejor ejemplificación de las sociedades de larga data patriarcales, cabe precisar también que en Roma, se implementó la institución de la *manus* que brindaba un poder absoluto al *pater familia* sobre su mujer, sus hijos y sus esclavos. No ha de extrañarnos tampoco, el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, quien, a partir del Génesis de la Biblia que relata la creación de la mujer a partir de una costilla del varón, afirmaba que la mujer era un “hombre fallido”⁴⁵.

Los ejemplos hasta aquí brindados, son una pequeña muestra de la construcción social patriarcal, que incide y estructura el pensamiento político, cultural, jurídico y económico a nivel global y por supuesto también incide en el ámbito latinoamericano.

En el escenario presentado, las relaciones asimétricas de poder en Bolivia y la normativa con impronta patriarcal boliviano, se evidencia en el breve repaso que será realizado en este acápite. En este sentido, en primer lugar, debe señalarse que la Constitución boliviana de 1826, estableció en el art. 14 los requisitos para ser considerado como ciudadano, entre los cuales se encontraban los siguientes: 1° Ser boliviano; 2° Ser casado, o mayor de veintiun años; 3° Saber leer y escribir; 4° Tener algún empleo o industria, o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico. Esta previsión constitucional, evidentemente no consignó a las mujeres como ciudadanas⁴⁶.

⁴⁵ De Beauvoir, S., *El Segundo Sexo.*, Traducción de Juan García Puente, 4a Edición, Editorial Sudamericana, 1999, p 18.

⁴⁶ Esta previsión constitucional excluyó al 80% de los habitantes del territorio boliviano.

En este escenario que excluyó de la ciudadanía a la mujer y a los indígenas, la naciente república boliviana albergó su primera normativa civil, denominada *Código Civil de Santa Cruz* de 1831 que estuvo vigente hasta 1976 (es decir hace cuarenta y cuatro años atrás), esta normativa, que todavía tiene una data reciente, entre otros aspectos, establecía que el marido debía protección a su mujer, y ésta obediencia al marido (Art. 130); asimismo, esta normativa establecía que la mujer estaba obligada a habitar con el marido, y a seguirle donde él juzgase conveniente residir (Art. 131). También se establecía que la mujer no podía comparecer en juicio sin licencia de su marido (Art. 132). La normativa civil abrogada; por la visión patriarcalista dominante, prohibía a la mujer la realización de actos de enajenación sin el consentimiento de su marido (Art. 134).

En el ámbito penal, la herencia aristotélica también es evidente, ya que el Código Penal de Santa Cruz, aprobado el 2 de abril de 1831, en el artículo 447, establecía que en caso de que la mujer cometiera faltas, debía ser sometida a la “autoridad de sus maridos”.

El artículo 443 del Código Penal de Santa Cruz, consagraba la autoridad paterna en relación a hijos o hijas que se ausentaren de su casa sin licencia, cometieren “exceso grave”, “notable desacato contra su padre”, o, “mostrare mala inclinación”. En estos casos –rezaba la norma-, si las amonestaciones o “moderados castigos domésticos” no fueran efectivos, se podía solicitar auxilio judicial e incluso internarlos en una “casa de corrección” por espacio de un mes a un año.

Por su parte, el artículo 503 del Código Penal de Santa Cruz, señalaba que si “...el marido que excediéndose en el derecho de corregir a su mujer ...la mate en el arrebató de su enojo..”, debía ser castigado con una pena de cuatro a seis años, debiendo aplicarse una gran atenuante si lo hiciera por causas justificadas, entre ellas la defensa de su honra.

Además, el artículo 459 establecía que si el marido sorprende a su cónyuge en “acto carnal con un hombre”, el homicidio tendrá una sanción de arresto de un mes a un año. Finalmente, para concluir con la asombrosa historia jurídica del Código Penal de Santa Cruz en Bolivia, debe señalarse que en su artículo 564, ordenaba la pérdida de todos los derechos de la sociedad conyugal en caso de adulterio, además de poder sufrir una

reclusión por el marido y durante el tiempo que él disponga, pena que no podía exceder los seis años. Por su parte, los cómplices podían sufrir el mismo tiempo de reclusión o podían ser desterrados del pueblo mientras viva el marido⁴⁷.

Recién en 1952, se consagró el voto universal, aunque todavía la participación política en la realidad tiene grandes brechas y producto de los prejuicios y estereotipos, todavía perduran estas históricas relaciones de asimetría de poder.

Lo relatado, no es historia remota; y no sólo ocurrió en Bolivia, sino la codificación civil y penal latinoamericana tienen rasgos similares, así como la exclusión de la mujer en la ciudadanía y en el ejercicio pleno de sus derechos. En este escenario, la narratividad realizada, desvela la herencia aristotélica y patriarcal del derecho que todavía influye en un paradigma contemporáneo del derecho con una estructura de raigambre sexista⁴⁸, paradigma que contempla normas, procedimientos, prácticas y juzgamientos que invisibilizan, oprimen y discriminan a la mujer en base a estereotipos y prejuicios basados en criterios de género y que sin duda están presentes en los procesos civiles, familiares y otros, por lo que sin duda es necesario realizar una argumentación jurídica con perspectiva de género en éstos ámbitos.

Por lo señalado, con el firme propósito de superar la herencia sexista y patriarcal aristotélica para consolidar así juzgamientos con perspectiva de género, será necesario *deconstruir* paradigmas jurídicos existentes y construir propuestas que aseguren una argumentación, interpretación de la norma de manera coherente con el bloque de constitucionalidad y en aras de consolidar no una igualdad formal, sino una igualdad

⁴⁷ El divorcio recién fue reconocido en Bolivia mediante Ley de 15 de abril de 1932, normativa que derogó el artículo 564 del Código Penal Santa Cruz.

⁴⁸ Alda Facio, señala que “El sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, -creencia que resulta en –una serie de privilegios para ese sexo que se consideran superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que es su función “natural y “única”, en ese marco, la autora visibiliza la necesidad de generar una conciencia de género porque los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no sólo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecen a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc.. Facio Montejo A., *Cuando el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. 1ra. Edición. ILANUD. San José Costa Rica 1992. P 23.

material o sustantiva, para superar barreras de hecho y de derecho al ejercicio pleno de derechos a mujeres creadas por sociedades occidentales que han reproducido un modelo hegemónico de masculinidad y han desarrollado sus estructuras e instituciones de manera asimétrica por los roles de género asignados a los varones blancos y a las mujeres blancas. En esta estructura patriarcal, la mujer afrodescendiente o indígena, no existía, era un *no ser* en el sistema patriarcal de hombres blancos.

Roles de género

Son comportamientos aprendidos en una sociedad, comunidad o grupo social, en los que sus miembros están condicionados para percibir como masculinas o femeninas ciertas actividades, tareas y responsabilidades. Estas percepciones están influenciadas por la edad, clase, raza, etnia, cultura, religión u otras ideologías, así como por el medio geográfico, económico y político. A menudo se producen cambios de los roles de género como respuesta al cambio de las circunstancias económicas, naturales o políticas, incluidos los esfuerzos por el desarrollo, los ajustes estructurales u otras fuerzas de base nacional o internacional. En un determinado contexto social, los roles de género de los hombres y las mujeres pueden ser flexibles o rígidos, semejantes o diferentes, y complementarios o conflictivos.

Este modelo hegemónico de masculinidad, también genera discriminación por orientación sexual y por identidad de género, en este marco, y para efectos de aclarar conceptos esenciales que luego serán aplicados cuando se analice la violencia en razón de género, corresponde realizar las siguientes precisiones:

Orientación sexual

Se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Principios de Yogyakarta)

Siguiendo los lineamientos de la OACNUDH, existen tres tipos de orientación sexual: la heterosexual, la homosexual y la bisexual⁴⁹.

⁴⁹ OACNUDH, Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

Heterosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Homosexualidad

“Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina”.

Bisexualidad

“Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”⁵⁰.

Corresponde también precisar el alcance de la identidad de género, a cuyo efecto se asumirá la definición utilizada por los Principios de Yogyakarta, que señalan:

Identidad de género

Es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (**Principios de Yogyakarta**)

Personas transgénero

Hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo asignado al momento del nacimiento, sin que esto implique intervención médica de modificación corporal (Art. 3.6. de la Ley 807 de 21 de mayo de 2016, Ley de Identidad de Género).

Personas transexuales

⁵⁰ Ibid.

“Personas que se sienten como pertenecientes al género opuesto al que se les asignó al nacer y que optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física - biológica a su realidad psíquica y social” (Art. 3.5. de la Ley 807 de 21 de mayo de 2016, Ley de Identidad de Género).

También existen otras categorías del transgenerismo, como es el caso de las personas travestis.

Personas travestis

“Son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo”⁵¹.

También debe considerarse la expresión de género y la intersexualidad.

Expresión de género

De acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “se refiere a la manifestación externa del género de una persona”⁵²; es decir, son los rasgos, las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, que connotan la identidad de género de una persona. La Comisión Interamericana señala que la expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando a través de características como la vestimenta, los manierismos y las modificaciones corporales, se subvierten expectativas tradicionales de expresión de género⁵³.

Intersexualidad

“Integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como ‘todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente’. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado. Una persona intersex

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos mientras su orientación sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual”⁵⁴.

Para designar a las personas con diversa orientación sexual e identidad de género, se utiliza el acrónimo LGBTI (lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersexuales). Este acrónimo es usado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que inclusive tiene una relatoría con ese nombre: Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex, que fue instalada el 8 de noviembre de 2013.

Sin embargo, se debe aclarar que, como la propia Comisión Interamericana lo reconoce, la denominación LGTBI puede resultar limitada dada la complejidad y la diversidad existente respecto a las orientaciones sexuales, las identidades de género y los cuerpos; a su vez, la Comisión aclara que en realidad lo que interesa, con independencia del nombre, es el examen de la “situación de violencia motivada por el prejuicio basado en la percepción de que la orientación sexual, y/o identidad o expresión de género de las personas LGBT desafían normas y roles de género tradicionales, o, en el caso de las personas intersex, porque sus cuerpos difieren del estándar de corporalidad femenina y masculina. Como esta violencia está basada en la percepción que otras personas tienen sobre las orientaciones, identidades, expresiones y cuerpos, la violencia se manifiesta independientemente de que la persona que es víctima de violencia se identifique como lesbiana, gay, bisexual, trans o intersex”⁵⁵.

También es preciso referir al movimiento *queer*, que es un conjunto de grupos que sostienen que la sexualidad y el género son espacios plásticos, construcciones sociales y políticas que fueron creados para unir el sistema sexo/género y la reproducción. La teoría *queer* “es la elaboración teórica de la disidencia sexual y la deconstrucción de las identidades estigmatizadas”⁵⁶ o periféricas, que son aquellas que van más allá de la frontera de la sexualidad aceptada socialmente –la heterosexualidad.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit., p. 30.

⁵⁶ FONSECA HERÁNDEZ, Carlos, QUINTERO SOTO, María Luisa, *La teoría Queer: La deconstrucción de las sexualidades periféricas*.

Por todo lo expuesto, hasta este punto debe quedar claro que las relaciones sociales jerarquizadas por los roles de género establecidos a partir de datos biológicos, han consolidado un sistema de dominación masculina reproducido por la institucionalidad estatal, la educación, las leyes, las costumbres y las prácticas religiosas de estados legislativos de derecho y que luego transitaron a Estados Constitucionales de Derecho.

Esta construcción asimétrica de las sociedades occidentales por roles de género, son la causa directa de los prejuicios y estereotipos que, a pesar de la vigencia de Estados Constitucionales de Derecho, todavía perviven y son la causa de la discriminación para el ejercicio pleno de derechos tanto para mujeres como para personas LGBTI.

2. La igualdad sustantiva y la garantía de prohibición de discriminación

Las asimetrías históricas en razón de género son la causa directa de prejuicios y estereotipos, los cuales, a su vez, generan discriminación estructural, directa, indirecta e interseccional que evitan el ejercicio pleno de derechos a mujeres y a personas LGBTI.

Mientras persistan los estereotipos o prejuicios, la igualdad formal no es suficiente para asegurar el ejercicio pleno de derechos, por eso la importancia que en el derecho internacional de los derechos humanos y en los modelos constitucionales propios de los Estados Constitucionales de Derecho ha adquirido la igualdad sustantiva. En esta línea es importante resaltar los siguientes conceptos:

Igualdad formal

Esta contemplada en instrumentos internacionales de derechos humanos como la CADH o el PIDCPs, así como en la Constitución boliviana y está referida a la aplicación igual de la ley a todas las personas con independencia de sus características especiales y en clave de universalidad y homogeneidad.

Igualdad material o sustantiva

Es la igualdad real para el ejercicio pleno de derechos y sin discriminación. Se la ejerce a partir de la superación de cualquier situación de asimetría,

desventaja y vulnerabilidad en la cual se encuentran grupos determinados por razones de sexo, género, orientaciones sexuales, raza u otros criterios prohibidos de discriminación o situaciones de desventaja material.

Igualdad estructural

A partir de las desventajas y opresiones históricas de ciertas poblaciones y grupos sociales y su incidencia en las prácticas sociales, creencias, prejuicios, que se manifiestan y reproducen en las instituciones y el ejercicio del poder, pretende generar una igualdad sustantiva en todos los ámbitos de la vida social.

En coherencia con el avance del derecho internacional de los derechos humanos, la cláusula constitucional y convencional de la igualdad es interdependiente a la garantía de prohibición de discriminación. En este contexto, el derecho internacional de los derechos humanos, establece los siguientes tipos de discriminación:

Discriminación directa

Existe discriminación directa cuando la norma, la política pública o el entendimiento judicial o administrativo contempla de manera explícita una distinción injustificada y desproporcional que restringe o excluye el goce o el ejercicio pleno de un derecho a una persona o grupo de personas.

Discriminación indirecta

Existe discriminación indirecta cuando una norma, política pública o entendimiento judicial o administrativo, si bien aparenta ser neutral, empero, por relaciones jerarquizadas de poder o situaciones estructurales de asimetría o desventaja, genera un trato o impacto diferenciado e injustificado en determinadas personas o colectividades.

Discriminación interseccional

La discriminación interseccional se manifiesta en tratos diferenciados injustificados y desproporcionados ocasionados por varios factores como ser sexo, género, raza, origen, condición económica, entre otros, que se entrecruzan y que colocan a las personas o colectividades en una situación de mayor vulnerabilidad.

Discriminación estructural

La discriminación estructural esta vinculada con la desigualdad estructural y se manifiesta en actos, omisiones o distinciones injustificadas basadas en prácticas jerarquizadas, creencias y prejuicios excluyentes que son

reproducidos por las instituciones públicas o privadas y por todo el orden social, político, económico, cultural o religioso y que afecta a personas o grupos históricamente discriminados, como el caso de las mujeres o las personas LGBTI.

A partir del concepto de discriminación estructural y en aras de consolidar una igualdad sustantiva, el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación, ya que los mismos han generado históricas relaciones de jerarquización, asimetría y discriminación y tienen la finalidad de limitar o suprimir el ejercicio pleno de derechos.

En el derecho internacional de los derechos humanos, existe una presunción de discriminación en cuanto a las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación. En este contexto, se presume que toda norma, política pública o decisión judicial o administrativa vinculada a uno de los criterios prohibidos de discriminación, contiene un trato diferenciado injustificado en base a los prejuicios o creencias discriminatorias que conllevan estas categorías y que por tanto implican una limitación o supresión arbitraria para el ejercicio pleno de derechos, por lo que, el Estado, a través de sus agentes, tiene la carga probatoria y argumentativa para demostrar que la decisión asumida es armónica con la igualdad sustantiva.

Los criterios prohibidos de discriminación en la Constitución boliviana

Los criterios prohibidos de discriminación, están disciplinados como un catálogo abierto y no cerrado por el artículo 14.II de la Constitución, disposición que establece: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tenga por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos de toda persona”.

Los tres presupuestos para la discriminación

Existe discriminación cuando se presentan los siguientes presupuestos:

- 1) Se comete un acto o se incurre en una omisión que distingue, excluye u otorga un trato diferente a una persona o un grupo de personas.
- 2) Esta distinción, exclusión o trato diferenciado está motivado por una condición específica de la persona como el sexo, el género, la raza, el origen social, la preferencia sexual u otras condiciones sociales; y
- 3) El resultado de dicho acto u omisión sea la limitación o negación de alguno de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, en el marco de la enseñanza clínica del derecho, a continuación se analizará el emblemático caso “Campo Algodonero Vs. México” y la utilización por parte de la Corte IDH de las categorías conceptuales precisadas precedentemente.

En un contexto de centenares de mujeres, niñas y adolescentes muertas violentamente en Ciudad Juárez (México), el 6 de noviembre de 2021 en un campo algodónero de esta ciudad, fueron encontrados los cuerpos de dos adolescentes y una mujer identificadas como las jóvenes Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

En su fallo, la Corte IDH, realiza los siguientes antecedentes contextuales:

- La Ciudad Juárez está ubicada en el norte del Estado de Chihuahua, exactamente en la frontera con El Paso, Texas. Se caracteriza por ser una ciudad industrial, en la cual, se ha desarrollado particularmente la industria maquiladora y además se caracteriza por ser una ciudad de tránsito de migrantes, mexicanos y extranjeros. Su ubicación geográfica que la sitúa en una zona de tránsito migratorio tanto de personas mexicanas como extranjeras y las desigualdades sociales existentes, han contribuido a varias formas de delincuencia organizada como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y el lavado de dinero, incrementando así los niveles de inseguridad y violencia (párr. 113).

- En ciudad Juárez, aproximadamente desde 1993, existió un aumento significativo en el número de desapariciones y “homicidios” de mujeres y niñas sin que el Estado haya brindado una respuesta eficiente (párr. 114).
 - En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México examinó 24 casos de “homicidios de mujeres” y concluyó que durante las investigaciones se habían violado los derechos humanos de las víctimas y su familiares, a partir de esa fecha se han pronunciado varios organismos internacionales y nacionales sobre derechos humanos (párr. 116).
 - El Informe de la Relatora de la CIDH resalta que aunque Ciudad Juárez se ha caracterizado por un pronunciado aumento de los crímenes contra mujeres y hombres, el aumento en lo referente a las mujeres “es anómalo en varios aspectos”, ya que: **i)** en 1993 se incrementaron notablemente los asesinatos de mujeres; **ii)** los coeficientes de homicidios de mujeres se duplicaron en relación de los hombres; y **iii)** el índice de homicidios correspondiente a mujeres en Ciudad Juárez es desproporcionadamente mayor que el de ciudades fronterizas en circunstancias análogas. Además, de acuerdo a datos estatales, en 2006, Ciudad Juárez ocupó el cuarto lugar en homicidios de mujeres entre ciudades mexicanas (párr. 117).
 - De acuerdo a los informes las víctimas eran mujeres jóvenes de 15 a 25 años de edad, estudiantes o trabajadoras de maquilas o de tiendas u otras empresas locales, y que algunas vivían en Ciudad Juárez desde hacia relativamente poco tiempo, por lo que las víctimas se caracterizan por ser predominantemente mujeres jóvenes, incluyendo niñas, trabajadoras -sobre todo de maquilas-, de escasos recursos, estudiantes o migrantes.
 - Un considerable número de los homicidios presentaron signos de violencia sexual y según un informe de la Fiscalía Especial, algunos de los homicidios y las desapariciones desde 1993 “han presentado características y/o patrones conductuales similares”. (párrs. 124 y 125).
-

- Diversos informes establecen los siguientes factores en común en varios de los homicidios: las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones (párr. 125).
- En cuanto a las características sexuales de los homicidios, el Estado alegó que según cifras del año 2004, alrededor del 26% de los homicidios obedecía a actos de índole sexual violento (párr. 126).
- Hasta el año 2005 la Fiscalía Especial logró determinar que el número de casos en los que se presentó el patrón conductual que había indentificado el fenómeno denominado “Muertas de Juárez”, era el de alrededor del 30% de los 379 homicidios identificados, es decir, alrededor de 113 mujeres, en este contexto, una tercera parte del total de los homicidios de mujeres eran aquéllos clasificados como sexuales y/o seriales, estos últimos son aquellos donde se repite un patrón en el que por lo general la víctima no conoce a su victimario y es privada de su libertad y sometida a vejaciones y sufrimientos múltiples, hasta la muerte (párr. 127).
- El tema de género es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, la cual “sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos”. De acuerdo a la CIDH “niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el sólo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada” (párr. 127). De acuerdo a datos estadísticos, entre 1993 y 2005, del total de homicidios de mujeres, el 31.4 % fue producido por violencia social; el 28% por violencia doméstica y el 20.6% por móvil sexual, se advierte que de acuerdo a otros estudios, el 66% de los homicidios son el resultado de la violencia intrafamiliar o doméstico y el 26% obedecen a actos de índole sexual violento (párr. 131).

En el marco de la contextualización de antecedentes que realizó la Corte IDH, debe resaltarse los siguientes aspectos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señaló que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez **“tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Informe relativo al caso, resaltó el hecho de que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar no eran casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades y que estas situaciones de violencia están fundadas **“en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”**.

La Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas en el informe presentado por la CIDH, señaló que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de **“una desigualdad de género arraigada en la sociedad”**

En el caso concreto se advierten tres elementos esenciales: **a)** El concepto de inferioridad de hombres y mujeres en Ciudad Juárez; **b)** la cultura de violencia y discriminación basada en género; y, **c)** una desigualdad de género arraigada en la sociedad.

A partir de estos tres elementos, se puede evidenciar que la igualdad formal en Ciudad Juárez no es suficiente, porque existe un patrón de desigualdad basado en el género y una

situación de inferioridad en la percepción social hacia la mujer, lo que genera una cultura de discriminación estructural hacia la mujer y la intersección de otros criterios prohibidos de discriminación como raza, condición económica, origen, entre otros, por lo que, para el caso amerita la utilización del **enfoque de género y de interseccionalidad**, por ser estos métodos del derecho destinados a identificar situaciones de desigualdad para así asegurar la igualdad sustantiva y estructural.

En efecto, a la luz de los citados enfoques, en el caso ahora analizado, la Corte IDH, concluyó sosteniendo que la violencia que padecen las mujeres de Ciudad Juárez se sustenta en la “discriminación estructural” que contra ellas existe en ese país, por tanto, México, al haber ratificado la Convención Belem do Para y la CADH, está obligado a combatir esta discriminación contra ellas, para este fin, estableció que **el Estado debía remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos.**

3. ¿Porqué juzgar en materia familiar con enfoque de género e interseccional?

Como se evidenció en el acápite anterior, la igualdad sustantiva y estructural, exige que los Estados, para remover la discriminación estructural, interseccional, directa e indirecta, a través de sus agentes estatales, como ser jueces en materia familiar, deben identificar dichas asimetrías para así superar obstáculos de hecho o de derecho que eviten el ejercicio pleno de derechos sin discriminación.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, el enfoque de género e interseccional es un método del derecho y de otras ramas de la ciencia, como la psicología, la sociología, el trabajo social, la antropología, etc., que tiene la finalidad de identificar situaciones de discriminación, asimetría o desventaja estructural e individual por razones de sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otros criterios prohibidos de discriminación, para así asegurar el ejercicio pleno de derechos en igualdad sustantiva y estructural.

Además, en coherencia con lo señalado, es importante destacar que el enfoque de género e interseccionalidad cuestionan la cisnormatividad y la heteronormatividad emergente de sistemas jurídicos con arraigo en prejuicios, estereotipos y creencias de jerarquización y de categorización binaria de un sistema sexo/género.

Cisnormatividad

Idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva (OC) 24/17 párr. 32.

Heteronormatividad

Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes (OC-24/17 párr. 32).

Por lo anotado, es importante precisar que “La perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. En tanto este enfoque se hace cargo de detectar los impactos diferenciados que una norma genera y de buscar soluciones a través del derecho, lo que determina si en un proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en sexo, género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas” (Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, p. 77).

Después del caso Campo Algodonero vs. México, la Corte IDH, ha desarrollado el deber de incluir la perspectiva de género en los casos Espinoza González Vs. Perú (párr. 309) y Véliz Franco y otros Vs. Guatemala (párr. 251).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, también desarrolló el deber de investigar y juzgar con perspectiva de género en las SCPs 0064/2018-S2 y 0017/2019-S2, entre otras.

SCP 0064/2018-S2

Independientemente de la conformación del Tribunal, ya sea por varones o por mujeres, sus integrantes están obligados a aplicar una perspectiva de género, en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Boliviano, nuestra Constitución Política del Estado y las normas internas; en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, por Acuerdo de Sala Plena 126/2016 de 22 de noviembre, aprobó el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, que contiene los estándares internacionales e internos que tienen que ser cumplidos de manera obligatoria por jueces, juezas y tribunales.

SCP 0017/2019-S2

El TCP en el marco de una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y concretamente a la luz de la Convención Belém do Pará y el art. 15 de la Constitución, y de acuerdo a los estándares del Comité para la Eliminación de las Discriminación Contra la Mujer CEDAW y de la Corte Interamericana de Protección a Derechos, desarrolló el deber de los operadores jurídicos de incluir la perspectiva de género para lograr una igualdad de hecho y de derecho, para lo cual, los operadores del sistema, deben tramitar los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género, pero además, deben revisar las normas sobre la carga de la prueba, para asegurar así esta igualdad de hecho y de derecho. Esta perspectiva de género, debe ser asumida desde el inicio de la etapa preparatoria, tanto en el control jurisdiccional como en la fase de investigación. (FJ III.1.2).

Es importante señalar también que el Tribunal Supremo de Justicia, ha desarrollado el enfoque de género en los siguientes términos:

Auto Supremo 653/2019

La perspectiva de género debe ser utilizada, de manera transversal en todos los procesos judiciales, en las diferentes materias cuando del contexto del proceso adviertan una relación asimétrica de poder que coloque a la persona en una situación de marginación, vulnerabilidad o discriminación, pues como emergencia de la asimetría causada por esa condición de vulnerabilidad el Estado está obligado a generar o reforzar la protección de los derechos de ese grupo, pudiendo ser política,

económica e incluso judicial, esta última obviamente a través de los operados o administradores de justicia.

Asimismo, es importante señalar que el juzgamiento con perspectiva de género en el ámbito familiar debe aplicar el enfoque de interseccionalidad para identificar las situaciones múltiples de discriminación que se interseccionan y colocan a la persona en una situación de mayor vulnerabilidad o desventaja.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la aplicación del enfoque interseccional en la SCP 0358/2018-S2, en los siguientes términos:

SCP 0358/2018-S2

El TCP establece que el enfoque de interseccionalidad es una herramienta para analizar vulneraciones al derecho a la igualdad cuando se presentan múltiples factores de discriminación que afecten el ejercicio pleno de derechos, en este marco, a partir del enfoque de género puede tenerse una mirada plural de la discriminación y violencia hacia diversas categorías biológicas, sociales y culturales, como el sexo, el género, la clase, la discapacidad, la orientación sexual, la religión, la edad, la nacionalidad y otros ejes de identidad que se interaccionan en múltiples y a menudo simultáneos niveles de discriminación y violencia, comprendiendo las desigualdades y necesidades de esta población en los casos concretos, las cuales pueden estar atravesadas por diversas identidades y otros factores que las coloquen en situaciones mayores de subordinación, violencia y discriminación. (FJ III.3.1.).

Los entendimientos jurisprudenciales descritos, al contener los estándares jurisprudenciales más altos, son precedentes en vigor y generan efectos vinculantes para las autoridades judiciales en el ámbito familiar y son esenciales para consolidar una igualdad sustantiva.

4. ¿Porqué juzgar en materia familiar con enfoque diferencial?

En los acápites anteriores se desarrolló la cláusula de igualdad sustantiva y la prohibición de discriminación en relación a criterios prohibidos de discriminación y a grupos de atención prioritaria, entre los cuales se encuentran las niñas, niños y

adolescentes, en relación a los cuales, en materia familiar, debe realizarse un juzgamiento con enfoque diferencial que brinde protección reforzada a niñas, niños y adolescentes y también a personas adultas mayores, para que así la decisión judicial tenga una plena coherencia con la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En los siguientes acápites se realizará un análisis específico en cuanto a la protección reforzada a niñas, niños y adolescentes y la aplicación de estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a este grupo de atención prioritaria en la jurisdicción familiar.

4.1 Las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos

En este acápite se abordarán los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA), de acuerdo a su desarrollo tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como en el marco de la protección constitucional. En esta línea, es importante señalar que los derechos de las NNA están consagrados en el artículo 56 de la CPE.

Las NNA como titulares de derechos

Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

Por su parte, el art. 60 de la CPE consagra el principio de interés superior del niño, al disponer:

El interés superior de las NNA

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de

justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”⁵⁷.

Al margen de las disposiciones constitucionales antes precisadas, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe un *corpus jure internacional de protección de los derechos del niño*, el cual, en esta materia se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes ⁵⁸.

Al respecto, la CIDH, al interpretar el art. 19 de la CADH, señaló que tanto este instrumento sobre Derechos Humanos cuanto la CDN, así como el Protocolo de San Salvador, forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos de los niños⁵⁹.

Además, la Corte IDH, en ejercicio de sus roles interpretativos, a través de la Opinión Consultiva (OC) 17/02, precisó que:

En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1958); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la

⁵⁷ En el mismo sentido el art. 8.II del Código Niña, Niño y Adolescente (en adelante CNNA), establece que es obligación primordial del Estado en todos sus niveles, garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parr. 16, disponible en: http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjresumen.sp.htm#_ftn1

⁵⁹ Ver Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala. Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999 Parr. 194. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 107. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, parr. 137. Ver también Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999, parr. 115.

Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁰.

Asimismo, en esta opinión consultiva, se señala que, en cuanto al SIDH, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)⁶¹.

En el marco de lo señalado, se concluye que el parámetro de convencionalidad inserto en el bloque de constitucionalidad boliviano, contiene los siguientes instrumentos internacionales en cuanto a derechos de NNA:

- 1) Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH);
- 2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- 3) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC);

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 17/02 párr. 26. En cuanto a esta opinión debe señalarse que la Comisión, en ejercicio de la atribución 64.1, sometió a consulta de la Corte, solicitando que se “ interprete si los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo al artículo 19 de la misma”, y para ello planteó cinco prácticas hipotéticas con el propósito de que la Corte se pronuncie sobre la compatibilidad de éstas con la Convención Americana a saber: **a)** la separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento; **b)** la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstancias del menor; **c)** la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías; **d)** la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa para el menor; y **e)** la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación. Además, se requirió a la Corte que formule “criterios generales válidos” sobre estos temas (Parr. 18)

⁶¹ Ibidem parr. 27.

4) Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y sus protocolos facultativos⁶²;

5) Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (DDN)⁶³;

6) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

7) Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda;

8) Convenio de la Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional

9) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing de 1985);

También, es importante recalcar que el *parámetro de convencionalidad* en materia de NNA en el ámbito del SUDH, se encuentra conformado por todas las interpretaciones que realice el Comité de Derechos del Niño a través de las llamadas *Observaciones*

⁶² La Convención de Derechos del Niño, fue adoptada y abierta para firma y ratificación a través de la Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, de conformidad con el art. 49, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Fue ratificada por Bolivia mediante Ley 1152 de 14 de mayo de 1990. Esta convención tiene dos Protocolos Facultativos: a) El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el cual fue adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobado por Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002, de conformidad con el artículo 14.1. Este fue suscrito por Bolivia el 10 de noviembre de 2001 y ratificado por Ley 2367 de 7 de mayo de 2002; y b) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002, de conformidad con el artículo 10.1. Fue ratificado por Bolivia mediante Ley 2827 de 3 de septiembre de 2004.

⁶³ Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución 1386 (XIV) (1959)

*Generales*⁶⁴, las cuales inequívocamente forman parte del Bloque de Constitucionalidad boliviano. Asimismo, las observaciones del Comité de Derechos Humanos, entre otras, también forman parte del citado bloque de constitucionalidad.

i) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

ii) Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

iii) Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará).

⁶⁴ El art. 43 de la CDN es la base convencional del Comité de los Derechos del Niño, así, el art. 43.1, señala: “Con la finalidad de examinar los progresos realizados en cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño...”, El numeral segundo de esta disposición, precisa que el citado Comité, estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Este artículo, dispone también que los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. El numeral 5, señala que las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas, en esa reunión, con dos tercios de quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes. El numeral 10 de esta disposición convencional, señala que las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité y que el Comité se reunirá normalmente todos los años.

Además, el art. 44 de la CDN, señala en su primer numeral que “Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos cada cinco años.

En el año 2011 en la Sesión No. 17 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se adoptó el Protocolo Opcional, disponible a partir del año 2012, cuya entrada en vigor fue prevista a partir de la décima ratificación y sólo los Estados que lo ratifiquen estarán sujetos al contralor de la Comisión, destinado a crear un mecanismo de comunicación de las diferentes violaciones a los derechos de los niños tanto de particulares como de otros Estados. Este protocolo establece que el Comité de los Derechos del Niño, será el órgano receptor de las comunicaciones que denuncien violaciones a los derechos humanos de los niños que deberán realizarse por estricto. El citado Comité carece de facultades para imponer sanciones a los Estados parte, pero puede recomendar a la Asamblea General que solicite al Secretario General de las Naciones Unidas la realización de estudios sobre cuestiones concretas. Hasta el momento 23 países han firmado el citado protocolo: Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Costa Rica, Finlandia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Maldivas, Malí, Marruecos, Montenegro, Perú, Portugal, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España y Uruguay, entre otros. Ver BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en: *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, op. cit., p 451.

iv) Protocolo de San Salvador.

Es importante precisar que de acuerdo a la Sentencia Constitucional 110/2010-R del 10 de mayo -que ya fue abordada en la primera unidad temática-, también las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH, forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano, en consecuencia, en materia de derechos del NNA, todas las opiniones consultivas y sentencias des SIDH son de aplicación directa y preferente al ordenamiento jurídico interno.

4.2 Alcance del término niña, niño y adolescente

El término “niño”, fue desarrollado en el art. 1 de la CDN en los siguientes términos:

Convención de Derechos del Niño (Art. 1)

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Por su parte, la Corte IDH, ha establecido lo siguiente:

En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes⁶⁵.

Los criterios rectores antes descritos son muy relevantes, ya que, por ejemplo, la CDN prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de niños menores de quince años, aspecto plasmado además en los artículos

⁶⁵ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17/2002, parr. 42

1 y 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; de la misma forma, está prohibida la pena de muerte a menores de 18 años. Asimismo, la Resolución de 21 de noviembre de 2014, adoptada por la Asamblea General durante la 69ª Sesión, en base al alcance del término “niño”, tiene la finalidad de prevenir y erradicar el matrimonio infantil forzado⁶⁶.

Asimismo, el Convenio 138 de la OIT, en sus arts. 2.3 y 3.1, prohíbe realizar trabajo de tiempo completo antes de los quince años, además de llevar a cabo trabajos peligrosos antes de los dieciocho años.

Al margen de las precisiones antes realizadas sobre la importancia del alcance del término “niño”, la relevancia de éste en el presente trabajo, será su utilización en el sentido desarrollado por la Convención de los Derechos del Niño y por la Corte IDH, en ese marco y en adelante, este término abarcará el concepto de “niña, niño y adolescente”.

De la misma forma, es importante precisar que el art. 5 del Código Niña, Niño, y Adolescente (CNNA)⁶⁷, establece que son sujetos de derechos protegidos por el indicado cuerpo normativo, los seres humanos hasta los dieciocho años cumplidos de acuerdo a dos diferenciaciones concretas: a) se entiende que la niñez está

⁶⁶ Según datos estadísticos, en el mundo, cada día, 39.000 niñas son forzadas a casarse, en este contexto, de acuerdo a Concha López, Directora General de Plan Internacional en España, la aprobación de la indicada Resolución “Es un paso fundamental para erradicar esta práctica que afecta a cerca de 70 millones de niñas y adolescentes en el mundo. La resolución de la ONU no debe quedarse en el papel y debe ser lo que impluse a las naciones a actuar y proteger las vidas y el futuro de millones de niñas”. Ver <http://www.plan-academy.org/es/la-onu-dice-no-al-matrimonio-infantil-forzado/>; ver también <http://www.elcomercio.com/actualidad/menores-oligadas-matrimonio-infantil.html>

⁶⁷ El Código Niña, Niño y Adolescente, fue aprobado mediante Ley 548 de 17 de julio de 2014 y tal como lo establece su Disposición Abrogatoria, deja sin efecto el anterior Código Niña, Niño y Adolescente aprobado mediante Ley 2026. Asimismo, este nuevo Código, deja sin efecto los Decretos Supremos 26080 y 24447. Debe además precisarse que la Disposición Final Segunda de la Ley 548, establece que éste Código entrará en vigencia el 6 de agosto de 2014. Asimismo, es importante establecer que esta norma, en la Disposición Adicional IV establece que el Código Procesal Civil, entrará en vigencia el 6 de agosto de 2015.

comprendida desde la concepción hasta los doce años cumplidos; y b) la adolescencia, de acuerdo al desarrollo del niño, está comprendida desde los 12 años a los 18 años cumplidos.

El art. 6 del CNNA diferencia las siguientes etapas de la niñez y adolescencia:

La primera infancia (Art. 6 CNNA)

La primera infancia está comprendida desde el nacimiento de las niñas y niños hasta los cinco años.

La infancia escolar (Art. 6 CNNA)

La infancia escolar se inicia a los seis años hasta los doce.

La Adolescencia (Art. 6 CNNA)

La adolescencia se inicia a los doce años hasta los dieciocho.

De acuerdo al art. 7 del CNN, debe aplicarse el principio de presunción de minoridad, es decir que se presume la minoridad en tanto no se pruebe lo contrario. Este principio fue asumido por el TCP mediante la SCP 0927/2012 de 22 de agosto.

4.3 Doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia

La CDN, consagra *la doctrina de la protección integral* y sustituye la otrora *doctrina de la situación irregular*, lo cual implica pasar de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de derecho⁶⁸.

También el SIDH asumió esta doctrina a través de la Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño⁶⁹.

⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11. Ver también Nota 11 del Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit.

⁶⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño.

En efecto, según el Juez Cançado Trindade, la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea es la consagración del niño como sujeto de derecho, logro que, en su criterio, fue rescatado por la Corte IDH a través de la interpretación realizada en la OC 17/02, la cual, en una correcta interpretación de la Convención de Derechos del Niño, consagra a éste “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (parr. 28), eje temático que, según el citado juez, fue el esencial en la referida opinión consultiva⁷⁰.

En coherencia con el SUDH y el SIDH, el CNNA asume la doctrina de protección integral a la niñez y adolescencia, consagrándolos como titulares de derechos⁷¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional TC asumió esta doctrina en la Sentencia Constitucional (SC) 0203/2007-R de 29 de marzo, precedente utilizado también por la SC 0735/2010-R de 26 de julio.

SC 0735/2010-R

Esa Convención [refiriéndose a la CDN] es considerada como el instrumento jurídico internacional más importante sobre el tema, que se adscribe a la doctrina de la protección integral de la niñez que se sustenta en cuatro pilares: el derecho a la subsistencia, al desarrollo, a la protección y a la participación. El primero implica un reconocimiento de niveles de vida adecuados y acceso a los servicios básicos; el segundo, que los niños deben desarrollarse de manera armoniosa, con respeto, afecto y dignidad, desenvolviéndose en todos los ámbitos como la educación, el juego, actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho a la protección, comprende la tutela contra las formas de explotación y crueldad y la separación arbitraria de la familia, y, por último, el derecho a la participación, implica la libertad de expresar opiniones y manifestarse respecto a cuestiones que afectan su propia vida, lo que significa que ningún proceso pueda desarrollarse sin escuchar la opinión del niño... (resaltado propio).

⁷⁰ Ver voto concurrente a la OC 17/02, op. cit., párr. 40.

⁷¹ El art. 1 del CNNA prevé que “El presente Código tiene por objeto reconocer, desarrollar y regular el ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescente, implementando un Sistema Plurinacional Integral de la Niña, Niño y adolescente, para la garantía de esos derechos mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad”. A su vez, el art. 8.I dispone: “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, gozan de las garantías constitucionales y las establecidas en este Código y las leyes”

4.4 Principios especiales para la protección de NNA

Para una protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, es esencial desarrollar los principios rectores que serán de aplicación en materia penal y en todos los procesos judiciales o administrativos vinculados a este grupo de atención prioritaria. En este sentido los principios rectores más importantes son los siguientes:

1) Principio de protección especial a las NNA
2) Principio del interés superior de las NNA
3) Principio de autonomía progresiva de la voluntad
4) Principio de igualdad y de prohibición de discriminación
5) Principio de humanidad y trato digno
6) Principio de excepcionalidad
7) Principio de legalidad
8) Principio de no regresividad
9) Principio de especialidad

4.4.1. Especial mención al principio de protección especial a NNA

Este principio rector, tiene su antecedente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en su preámbulo, consagra la necesidad de protección especial a los niños y establece además que esta Declaración tiene el fin de que la niñez pueda tener una infancia feliz y goce de todos los derechos y libertades que en ella se enuncian.

Asimismo, en el marco del *corpus jure internacional de los derechos del niño*, este principio rector se encuentra también consagrado en el principio 8 de la Declaración de

los Derechos del Niño (DDN), que establece: “El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

Por su parte, el PIDCPs, en el art. 24 establece:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Además, el preámbulo de la CDN, sustenta el fundamento ideológico de la protección especial a la niñez, así, se inicia la argumentación de este postulado, a partir de los criterios prohibidos de diferenciación, los cuales se encuentran consagrados en el ámbito de las Naciones Unidas, en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos DUDH, en el PIDCPs y en el PIDESC.

En base a lo señalado, se tiene que toda persona goza de todos los derechos y libertades enunciadas en dichos instrumentos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En efecto, a partir de esta invocación a los criterios prohibidos de diferenciación, el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño, recuerda que en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamaron el *derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales*, por tanto, en este contexto, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra la *necesidad de proporcionar al niño una protección especial*, postulado que además de acuerdo al preámbulo, tiene precedentes en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño y en la Declaración de Derechos del niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

Por su parte, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC 17/02⁷², luego de referirse al principio de igualdad, ha desarrollado también el principio de protección especial y lo ha vinculado con las obligaciones reforzadas de los Estados en cuanto a derechos de las NNA.

Principio de protección especial a NNA (OC 17/02)

La Corte IDH determinó que las NNA poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Asimismo, la Corte IDH, ha señalado que el interés superior de las NNA es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, cuya observancia les permitirá el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades⁷³.

Este principio adquiere gran relevancia en procesos en los cuales NNA están en conflicto con la ley penal, así, la CIDH, ha resaltado que las condiciones en las que participan las y los adolescentes en un proceso penal no son las mismas que en relación a un adulto, en este contexto, ha señalado que en caso de sostenerse lo contrario, se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas que obliga a los Estados una protección reforzada. Por lo tanto, concluye afirmando que es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento penal o de cualquier otra índole⁷⁴.

⁷² OC 17/02 de 28 de agosto de 2002 denominada **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Parr. 54.

⁷³ Ibidem. Además, es imperante destacar que este principio ha sido utilizado por la Corte IDH en los siguientes casos: caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, parr 164; en el caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 parr. 147; caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, parr 133.

⁷⁴ CIDH, Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párrs. 14 y 17.

En el ámbito interno, el CNNA, en armonía con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, consagra el principio de protección especial en los arts. 11 y 146. Asimismo, el artículo 12.b del citado cuerpo jurídico, señala lo siguiente:

El principio de prioridad absoluta (Art. 12.b CNNA)
Prioridad Absoluta. Por el cual las niñas, niños y adolescentes serán objeto de preferente atención y protección, en la formulación y ejecución de las políticas públicas, en la asignación de recursos, en el acceso a servicios públicos, en la prestación y socorro en cualquier circunstancia, obligándose todos los corresponsables al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

Por su parte el art. 164.c) del CNNA prevé que dentro de las políticas públicas en materia de Protección Integral de la NNA, se encuentra la de protección especial, que comprenden acciones encaminadas a prevenir o restablecer los derechos que se encuentren amenazados o vulnerados de las NNA víctimas de abuso, maltrato, explotación, en situación de calle; niñas y adolescentes embarazadas, trabajadoras o trabajadores, consumidoras o consumidores de alcohol o sustancias psicotrópicas o estupefacientes, que padezcan de enfermedades como el VIH/SIDA, y otras situaciones que requieran de protección especial.

Además, es imperante precisar que este principio se encuentra también reconocido en el art. 232.c del Código de Familias y del Proceso Familiar. Además, el art. 1 de la Ley 054 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, disposición que sustenta las modificaciones del Código Penal y la incorporación de tipos penales en el principio de protección especial⁷⁵.

4.4.2 Especial mención al principio del interés superiores de las NNA

⁷⁵ El art. 1 de la referida norma, señala que esta ley tiene como fundamento constitucional los artículos 60 y 61 de la Constitución Política del Estado en cuanto la función primordial del Estado de proteger a la niñez y adolescencia, en ese sentido, esta disposición prescribe que el objeto de la misma es proteger la vida, la integridad física, psicológica y sexual, la salud y seguridad de todas las niñas, niños y adolescentes.

Este principio, denominado también por la doctrina como “mejor interés del niño” o *best interest of the child*⁷⁶, se encuentra regulado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su primer párrafo señala:

Principio del interés superior de las NNA (Art. 3 CDN)

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, la Corte IDH, a través de la OC 17/02, señala:

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en esta materia⁷⁷. Así, en la referida opinión consultiva, estableció también que “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁸.”

En el marco de lo argumentado, debe precisarse que la OC 17/02 en la parte decisoria, en el numeral 2 declara “Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

También la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en el art. 16.1.d señala que los Estados deben adoptar todas

⁷⁶ Ver BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 465. Este principio está también reconocido también en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en el principio 2.

⁷⁷ Corte IDH, OC 17/02, op. cit., párr. 65

⁷⁸ Ibidem, párr. 56.

las medidas adecuadas para garantizar a los progenitores los mismos derechos y responsabilidades, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Así las cosas, según Mary Beloff, este principio “constituye una referencia insoslayable en el largo y gradual proceso de reconocimiento de los derechos de los niños y presenta una actualidad hermenéutica que está fuera de discusión por su presencia en todas las normas convencionales y no convencionales de derechos humanos de niños y niñas”⁷⁹.

La referida autora, concluye señalando que: “...a partir de que el principio fuera incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño, se lo comenzó a considerar una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos”, además, agrega que en el ámbito regional latinoamericano, “...no se lo identifica en general con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño”⁸⁰.

Por su parte, la CIDH ha establecido que a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN, por su interés superior, debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos⁸¹.

Asimismo, la CIDH, considera que el interés superior del niño debe ser el criterio interpretativo rector que concilie dos realidades al regular el sistema de justicia juvenil; por un lado, el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de

⁷⁹ BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit, p. 465.

⁸⁰ BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, pp. 465-466.

⁸¹ Comisión IDH. *Informe Sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, OEA/SER.L/V/II.135, 5 de agosto de 2009, párr. 25. Ver también Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., parr. 23.

ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres⁸².

Por lo afirmado, el interés superior de las NNA implica un rechazo tanto de doctrinas como la de la “situación irregular”, que sitúa al niño como un objeto de compasión o represión y parten en gran medida de perfeccionismos o paternalismos injustificados, como también de doctrinas que desconozcan en gran medida la vulnerabilidad de las NNA de forma contraria a la adecuada satisfacción de sus necesidades⁸³.

Por lo expuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera también que la protección del interés superior de las NNA significa, entre otras cuestiones, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y a su reinserción social a través de la remisión de casos u otras formas de justicia restaurativa, recurriendo lo menos posible a procedimientos judiciales así como a medidas cautelares o sanciones privativas de la libertad⁸⁴.

En el contenido desarrollado precedentemente en cuanto al interés superior del niño, se tiene que éste tiene varias incidencias relevantes para un debido *proceso sustantivo reforzado*, entre las cuales se pueden rescatar las siguientes:

- a) En virtud a este principio y en el marco de la doctrina de protección integral, los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades

⁸² Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., parr. 24.

⁸³ Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., Nota 27 parr. 24.

⁸⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 57.

competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que la NNA sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia su residencia⁸⁵.

b) De acuerdo a la Observación General No. 7 se “...reconoce que “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño...”⁸⁶.

c) Además, el Comité de Derechos del niño, en la Observación General 12, señala que: “Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño”⁸⁷.

Además, es imperante destacar que la Corte IDH, en casos contenciosos vinculados a NNA, aplicó este principio, en ese marco, es importante –entre los más importantes– anotar los siguientes procesos:

i) En el caso *Atala Riffo vs. Chile*, la Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las

⁸⁵ Art. 9 de la Convención de Derechos del Niño.

⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, de 20 de septiembre de 2006, párrs. 15,16 y 19.

⁸⁷ Comité de Derechos del niño, Observación General 12, *Derecho del niño a ser escuchado*, párr. 53.

personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. Así, la Corte señaló

...al ser en abstracto, el interés superior del niño un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona...El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia⁸⁸.

ii) En el caso *Formerón e Hija vs. Argentina*, la Corte IDH, señaló:

...la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales⁸⁹.

En este mismo caso, la Corte IDH, precisó:

...una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. El interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia⁹⁰.

La Corte IDH, señaló además que en virtud al principio antes citado, el juez debe “proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran a menores de edad”⁹¹.

⁸⁸ Corte IDH, caso *Atala Riffo vs. Chile*, párrs. 109, 108 y 154.

⁸⁹ Corte IDH, caso *Formerón e hija vs. Argentina*, párr.. 105.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 99.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 78

- iii) En el caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, la Corte IDH, señaló: “...la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”⁹².
- iv) La Corte IDH, en el caso Furlan y familiares vs. Argentina, la Corte IDHA ha señalado que “el tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y puede incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”⁹³.

Asimismo, en el ámbito interno y en un análisis “desde y conforme al Bloque de Constitucionalidad” se tiene que este principio está taxativamente reconocido por el artículo 12.a del Código Niña, Niño y adolescente, el cual señala:

Principio del interés superior de las NNA (Art. 12.a CNNA)
Interés superior. Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas.

Además, el principio del interés superior del niño, también se encuentra consagrado en el art. 6.i) del CFPPF, con un contenido armonioso al contenido de este principio antes señalado, pero, además, con un enfoque en ejes temáticos específicos, como es el caso de

⁹² Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, parr. 134.

⁹³ Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina párr. 230.

la asistencia familiar, tal como lo evidencia el contenido del art. 109.I del citado cuerpo normativo.

4.4.3 Especial mención al principio de autonomía progresiva de la voluntad

La Corte IDH, en la OC 24/17 ha desarrollado el principio de autonomía progresiva de la voluntad en los siguientes términos:

Principio de autonomía progresiva de la voluntad (OC 24/17)
...esta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas (párr. 150).

El Tribunal Constitucional boliviano también aplicó este principio, por ejemplo, en la SC 2568/2010-R, decisión a través de la cual estableció el deber de los jueces de obtener la opinión de las NNA respecto a cualquier medida que pudiere afectarles.

En efecto, el caso en concreto, emergió de una acción de libertad planteada por la madre de una menor contra los encargados de la Defensoría de la Niñez. En dicha acción, la madre como accionante de la menor alegaba que las funcionarias demandadas lesionaron el derecho a la libertad física de su hija menor representada, por cuanto en su criterio fue “secuestrada” de su domicilio e ingresada al centro de acogida “INFANTE” donde se encontraba a decir suyo incomunicada y privada de su libertad en contra de su voluntad.

En esta situación el Tribunal Constitucional moduló su línea jurisprudencial sobre la legitimación activa que tienen los padres para interponer acciones de tutela por sus hijos menores, estableciendo la obligación de los jueces de consultar la opinión del menor a

efectos de determinar si consienten con la decisión de activar una acción tutelar en defensa de sus derechos, pues son ellos en realidad los titulares de los derechos presuntamente vulnerados.

Las circunstancias del caso determinaron a que el Tribunal Constitucional acoja la doctrina de protección integral de la niñez y en el marco del principio de autonomía progresiva, determine que los menores de edad tienen derecho a manifestar su opinión cuando a favor de ellos se imponen medidas que tienden a proteger sus derechos y fundamentalmente, su integridad física y psicológica, cuando se evidencia que su hogar ha dejado de ser para él la garantía que necesita para cumplir eficazmente su desarrollo físico y psicológico, armonía e integración social.

El Tribunal Constitucional al analizar el caso en concreto constató que la menor era víctima de presunto abuso sexual por parte de su padrastro, en cuya situación determinó que las autoridades demandadas actuaron en defensa y protección de los derechos de sus derechos, haciendo prevalecer su interés superior, ante el presunto abuso sexual cometido supuestamente por su padrastro contra ella, y la falta de apoyo en la familia respecto al hecho acaecido, aspecto que determinó que la adolescente rechazara la presencia de la madre y no quisiera volver a su hogar y más bien, manifestó su deseo de quedarse en el centro de acogida “INFANTE”, motivo por el cual, en observancia de la CDN y del CNNA que consagran el principio de autonomía progresiva, denegó la tutela solicitada por la madre por falta de legitimación activa, debido a que la adolescente expresó su deseo de no retornar al hogar y quedarse en el centro de acogida, lo que implica que, como titular del derecho a la libertad física o personal, se siente más protegida en el referido centro con la medida de acogimiento dispuesta a su favor, que en su propio hogar.

SC 2568/2010-R (Autonomía progresiva de la voluntad)

...tratándose de acciones constitucionales, es deber de los jueces y tribunales de garantía, conversar con el niño, niña o adolescente que se encuentre en dicha situación, de manera reservada, a fin de obtener su opinión al respecto, con la finalidad de determinar si efectivamente la

acción de defensa presentada por sus representantes es legítima; es decir, si la acción está orientada a proteger o lograr la restitución del derecho fundamental a la libertad individual, contrario sensu, si la acción presentada está orientada a la consecución de otros fines o intereses, ajenos a al principio de interés superior del niño y al resguardo de sus derechos y garantías; correspondería denegar la tutela por falta de legitimación activa, en el entendido que el titular del derecho -el niño, niña o adolescente- en función al principio de autonomía progresiva y los derechos a la integridad física y psicológica, ha manifestado su decisión favorable a las medidas asumidas hacia él por los órganos estatales encargados de la protección a los niños, niñas y adolescentes.

4.4.4 Especial mención al principio de igualdad de las NNA y de prohibición de discriminación

En el SIDH, la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad se encuentran consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, en ese marco, el art. 24 como cláusula autónoma, plasma una consecuencia esencial: **la igual protección de la ley sin discriminación**, concepto vinculado con la extensión de garantías a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, es decir a las personas o grupos de personas que históricamente han sido un factor de exclusión o restricción para el goce de derechos por razones de sexo, raza, religión u origen nacional⁹⁴.

Por su parte, la no discriminación se configura como una garantía vigente en el SIDH y también en el Estado Plurinacional de Bolivia, ya que la Constitución, en el art. 14.I señala que “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”.

La Corte IDH, en las Opiniones Consultivas OC 4/84, 17/02 y 18/03, ha señalado que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, es decir, una ***distinción carente de justificación objetiva y razonable***⁹⁵.

⁹⁴ Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 585.

⁹⁵ Corte IDH, Opiniones Consultivas OC 4/84 párr. 56; OC 17/02 párr. 46; y OC 18/03 párr. 89.

También, la Corte IDH, ha admitido **la legitimidad de algunos tratos diferenciales**, y por ejemplo en la Opinión Consultiva 84/04, ha señalado lo siguiente: “ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones aparezcan como jurídicamente débiles”, por tanto, se tiene que no toda distinción significa discriminación⁹⁶.

La Comisión IDH, ha establecido que una distinción constituye discriminación en las siguientes circunstancias: **1)** Cuando hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; **2)** Cuando la diferencia no tenga una justificación objetiva y razonable; **3)** Cuando no exista una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue. Asimismo, la Comisión ha señalado que una distinción basada en criterios razonables y objetivos, persigue un propósito legítimo y emplea medios proporcionales al fin que se busca⁹⁷.

Por el contrario, una discriminación basada en ***criterios prohibidos de distinción*** y carente de justificación objetiva y razonable, es considerada arbitraria y por tanto contraria a los arts. 24 y 1.1 de la CADH, en ese marco, debe precisarse que *los criterios prohibidos de distinción*, se encuentran en el art. 1.1 de la Convención Americana, en este contexto, cabe destacar que la Corte IDH, ha señalado que el término discriminación contenido en el art. 24 debe ser interpretado a la luz de lo que menciona el art. 1.1, por tanto, el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1 que son, raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁹⁸.

⁹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 4/84 párr. 56.

⁹⁷ Comisión IDH, Informe No. 4/01, en el caso 11.625 María Eugeni Morales de Sierra, Guatemala, de 19 de enero de 2001, párr.31.

⁹⁸ Es importante resaltar que Los criterios prohibidos tienen al menos cuatro características. La primera es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y sino simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas

En el contexto antes precisado, se tiene que: “La inclusión de los criterios prohibidos de distinción en el contenido del artículo 24 tiene dos consecuencias directas. La primera es que extiende la prohibición de discriminación por tales criterios prevista en el artículo 1.1 respecto de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, a todos los derechos extraconvencionales y en general a todo el ámbito normativo del derecho interno de los Estados parte. La segunda es que implica la incorporación de un *test de igualdad más estricto* para evaluar las distinciones fundadas en las categorías sospechosas...cuando están en juego los criterios prohibidos de distinción. Tales casos, de hecho, implican una presunción de discriminación que obliga a las autoridades a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no sólo debe ser legítimo, sino imperioso”⁹⁹.

En el orden de ideas antes referido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que en casos de discriminación motivada en categorías que se consideran “sospechosas”, se presume que la distinción es incompatible con la CADH y se aumenta la carga argumentativa de los Estados para desvirtuar dicha presunción, en este contexto, según la Comisión, las reparaciones a otorgar ante este tipo de discriminación, debe tener una “vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”, medidas que deben estar orientadas a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación, sobre todo cuando se trate de discriminaciones estructurales¹⁰⁰.

en los órganos de representación. Y la cuarta es que no corresponde a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad. Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 600.

⁹⁹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 602.

¹⁰⁰ Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 103. Ver también Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 450 y 451.

Siguiendo a Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez, se colige que “...el derecho a la igual protección sin discriminación implica no sólo la proscripción de todo trato arbitrario, sino que también impone a los Estados el deber de considerar las condiciones particulares de desventaja de ciertos grupos que han sido históricamente discriminados para adoptar acciones positivas orientadas a que la igualdad sea para estos real y efectiva”¹⁰¹.

En el marco de lo expuesto, a partir del derecho a la *igual protección sin discriminación* y a la luz de la *doctrina de protección integral a la niñez*, debe concebirse el concepto de **la igualdad reforzada** que es una garantía que en virtud a la protección especial para NNA asegura para ellos una real igualdad sin discriminaciones arbitrarias e injustificadas basadas en *criterios prohibidos de discriminación*. Esta igualdad reforzada, tiene génesis en el art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño y en el principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño.

Así, el art. 2.1 de la CADH señala:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Por su parte, el Principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), señala:

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica,

¹⁰¹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit, p 605.

nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

En el marco de una *igualdad reforzada*, las disposiciones convencionales antes señaladas, en el SIDH, son interdependientes tanto al art. 24 de la Convención Americana que consagra el principio de igualdad y que además incluye la prohibición de trato diferenciado arbitrario y también al art 1.1 de dicha Convención¹⁰².

Además, la igualdad reforzada genera además la *prohibición de discriminación*, que, en el caso de NNA, en atención al principio de protección especial, genera para el Estado Plurinacional de Bolivia un deber de garantía también reforzado, en ese marco, debe señalarse que el principio 10 de la Declaración de los Derechos del Niño, señala que:

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar su energía y aptitudes al servicio de sus semejantes.

En el marco de lo anotado, debe establecerse que todo trato diferenciado arbitrario es contrario al art. 24 de la CADH y al principio 10 de la Declaración de Derechos del Niño, sin embargo, debe resaltarse que en virtud al principio de protección especial al niño -ya desarrollado-, éste necesita una atención y un trato prioritario por su situación de vulnerabilidad, en ese sentido, la OC 17/02, en su parte decisoria, en el punto 3 declara: “ Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños”.

¹⁰² En la OC 17/02 en los párrs. 43 al 48, se hace las precisiones sobre el principio de igualdad a partir del art. 1.1 de la Convención, luego, invocan en el párr. 49 el derecho a la igualdad consagrado en la CDN en el art. 2.

La transcripción realizada, es armoniosa con las consideraciones realizadas por la Corte IDH en esta opinión consultiva, en ese sentido, se señala “En razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”¹⁰³.

Además, es imperante establecer que, en caso de hacerse una diferenciación entre niños, los cuales son todos iguales de acuerdo al art. 24 de la Convención, dicha distinción, para no ser arbitraria, debe cumplir con los postulados del *test de razonabilidad*. En este sentido, la CIDH señala que si una NNA es sometido a una diferencia de trato, debe evaluarse su razonabilidad, objetividad y proporcionalidad para determinar así su compatibilidad o incompatibilidad con el art. 24 de la Convención¹⁰⁴.

¹⁰³ Corte IDH, OC 17/02, op. cit., párr. 55.

¹⁰⁴ Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 99.

Debe aclararse que la Corte IDH no realiza explícitamente un escrutinio escalonado en el que se distingan claramente los pasos del test desarrollado por la Comisión IDH, aunque si realiza una aplicación implícita cada vez más clara de éste, así en el caso *Yatama vs. Nicaragua* relativo a las condiciones legales que finalmente limitaron las posibilidades de las comunidades indígenas de participar de modo efectivo en los procesos electorales, la Corte IDH analizó la razonabilidad y objetividad de haber aplicado a los indígenas los mismos requisitos establecidos para el resto de los ciudadanos, en lugar de haber otorgado un trato diferenciado que tuviera en cuenta sus particularidades. Asimismo, en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*, parr. 196, la CIDH, realizó un análisis de razonabilidad de la relación entre medios y fines, así la Corte se pronunció sobre la situación de tres de los cinco magistrados de una Corte de Venezuela, que fueron destituidos en un proceso disciplinario por haber adoptado una sentencia frente a la cual se declaró la existencia de un error judicial inexcusable. Aunque la decisión fue adoptada unánimemente por los cinco magistrados y todos fueron sometidos al procedimiento disciplinario, la sanción de destitución sólo fue impuesta a tres de ellos. El Estado no aplicó la sanción a dos magistradas porque estas cumplieron los requisitos para jubilarse y en resguardo al derecho de jubilación no podía establecerse la sanción de destitución, entonces la pregunta es: ¿la jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma?, pregunta a la cual, la CIDH, señaló que “la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución”, por lo que “el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación disciplinaria aplicable, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces”, a pesar de este razonamiento y la utilización implícita del test de igualdad, la corte no declaró la violación del art. 24 de la CADH, argumentando que esta disposición no “otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas. Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 593-594 y 597-598.

Para entender en su real magnitud el principio de *igualdad reforzado y de prohibición de discriminación*, es necesario invocar el caso *Atala Rifo y niñas vs. Chile*, en el cual, la Corte IDH aplica con mayor claridad los criterios para evaluar la validez de la distinción, aplicando de modo implícito el test de igualdad¹⁰⁵.

El caso se refiere a la remoción de la custodia de las hijas de la señora Karen Atala y el posterior otorgamiento de la tuición provisional a su padre, en razón de la orientación sexual de aquella y de su convivencia con una pareja del mismo sexo. Adicionalmente, la Corte IDH se pronunció sobre un proceso disciplinario adelantado contra la señora Atala en razón de su investidura como jueza, proceso en el cual se recopiló información relacionada con su orientación sexual¹⁰⁶.

En cuanto al primer aspecto, la Corte IDH, identificó cual era el fin perseguido con la remoción de la custodia de las menores, en ese marco, de acuerdo con las pruebas aportadas y con los alegatos del Estado, esta instancia jurisdiccional determinó que el fin en cuestión era la protección del interés superior de las niñas e indicó que éste es en sí mismo un fin legítimo y es además imperioso.

En relación al interés superior del niño, la Corte IDH reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (párr. 108), en este contexto y pese a la legitimidad del fin perseguido, la Corte IDH sostuvo que no existía una relación de adecuación entre el logro de este fin y

¹⁰⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., pp 593-594 y 598-599.

¹⁰⁶ *Ibidem*

el medio para alcanzarlo, es decir, la pérdida de la tuición de las menores en razón de la orientación sexual de la madre¹⁰⁷.

En el orden de ideas señalado y en el caso objeto de análisis, la Corte IDH estableció lo siguiente: “...una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño” (parr. 111).

Además, según la Corte IDH la sola referencia a este fin “...sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona” (párr. 110).

Además, la Corte IDH señaló que “...no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños” (parr. 111).

En el mismo caso y en cuanto al proceso disciplinario, la Corte IDH señaló:

...la alegada protección de la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna

¹⁰⁷ Ibidem

entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual (párr. 221)¹⁰⁸.

En el marco de un “hilo argumentativo” coherente y a la luz del principio de *protección reforzada y prohibición de discriminación*, es pertinente realizar estas últimas anotaciones:

La Comisión IDH señala:

En relación con el trato discriminatorio entre grupos de niños, preocupa a la Comisión la situación de niños que son víctimas de discriminación en el sistema de justicia juvenil por motivos de raza. La Comisión IDH observa que niños de comunidades minoritarias en las Américas, tales como niños afrodescendientes e indígenas, así como niños latinos en Estados Unidos, se encuentran sobre representados en los centros de privación de libertad y en ocasiones reciben sanciones más rigurosas por los hechos delictivos que comente. Asimismo, los niños pertenecientes a estas minorías son los que con mayor frecuencia experimentan violencia a manos de funcionarios policiales y correccionales¹⁰⁹.

La Comisión ve también con preocupación la discriminación de las niñas en las Américas quienes son frecuentes víctimas de discriminación por parte de los sistemas de justicia juvenil en razón de su género. Así, las niñas son a menudo privadas de su libertad por haber cometido actos que no constituyen delitos si son cometidos por mayores de edad, o por los cuales los niños, a diferencia de ellas, a menudo no son sancionados, como por ejemplo consumir alcohol y cigarrillo, fugarse de su casa o mantener relaciones sexuales, debido a estereotipos de género asociados a una concepción de subordinación de las mujeres respecto a los hombres¹¹⁰.

¹⁰⁸ Ibidem, pp 593-594 y 598-599.

¹⁰⁹ Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 114.

¹¹⁰ Ibidem, párr. 120.

Para la Corte IDH, estereotipo de género es “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”¹¹¹. En este tema, la Comisión señala que las diferencias legales o de hecho basadas en estereotipos de género asociados a la subordinación de las mujeres respecto a los hombres “constituyen una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹¹², violencia que por supuesto afecta también a las niñas.

La Comisión, advierte también la existencia en las Américas de discriminación de niños en razón a su orientación sexual, en ese sentido, refiere:

A juicio de la Comisión, la criminalización de la orientación sexual es discriminatoria para todas las personas, pero en el caso de niños, niñas y adolescentes puede implicar una violación más intensa a sus derechos al tener efectos psicológicos particularmente nocivos al encontrarse en el proceso de desarrollo de una identidad, incluida su identidad sexual, convirtiéndolos en un grupo extremadamente vulnerable¹¹³.

Asimismo, la Comisión establece que otro grupo tradicionalmente discriminado en los sistemas de justicia juvenil de las Américas es el de los niños con discapacidad, y especialmente aquellos con discapacidad mental. En esta perspectiva, la Comisión mira con preocupación que los sistemas de justicia juvenil de la región tienen una representación desproporcionada de niños con retrasos en su desarrollo o con problemas de salud mental lo suficientemente graves para limitar su capacidad de ejercer actividades esenciales, en el orden de ideas antes referido, la Comisión señala que si bien la falta de desarrollo y las limitaciones en la capacidad cognitiva algunas veces pueden llevar a que los niños infrinjan leyes penales, su capacidad mental debe ser considerada al momento de determinar si corresponde aplicar una sanción o remitirlos a sistemas de salud mental

¹¹¹ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

¹¹² Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

¹¹³ Informe sobre Justicia Penal Juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 121.

especializados¹¹⁴, en el marco de lo señalado, esta distinción *per se* no implica discriminación.

Asimismo, es importante precisar que en el ámbito interno y en un análisis “desde y conforme al Bloque de Constitucionalidad”, este principio está taxativamente reconocido por el artículo 12.c del CNNA, el cual señala:

Igualdad y no discriminación (Art. 12.c del CNNA)
Igualdad y no Discriminación. Por el cual las niñas, niños y adolescentes son libres e iguales con dignidad de derechos, y no serán discriminados por ninguna causa.

4.5 Estándares sobre el deber reforzado de protección a NNA víctimas

En relación a los niños víctimas en los procesos deben considerarse los siguientes estándares desarrollados tanto por el SIDH como por el SUDH:

- 1) Que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño¹¹⁵.
- 2) Que los Estados Partes adopten medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular deberán: a)

¹¹⁴ Informe sobre Justicia Penal Juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 122. Disponible en: http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjresumen.sp.htm#_ftn1

¹¹⁵ Art. 39 Convención de Derechos del Niño.

Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos; b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa; c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional; d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso de niños víctimas; e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas; f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias; g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas¹¹⁶.

- 3) Que se brinde a los NNA un trato con tacto y sensibilidad “tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral”¹¹⁷.
- 4) Que debe existir una relación continua con los profesionales encargados de brindar apoyo y certidumbre sobre el proceso¹¹⁸.

¹¹⁶ Art. 8.1 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

¹¹⁷ Ver Directriz 10 de Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Ver también, BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., Pp 460-461.

¹¹⁸ *Ibidem*, directriz 30.

- 5) Que el lenguaje de los procedimientos en los que se ve involucrado el niño deben ser comprensibles tanto para el niño cuanto para su familia¹¹⁹.

En el marco de los estándares antes señalados, el CNNA, señala en el art. 154 que el Ministerio Público mediante sus unidades especializadas y el Ministerio de Justicia a través del Sistema del Servicio Plurinacional de Asistencia a la Víctima SEPDA-VI, en el marco de sus competencias, atenderá a la niña, niño o adolescente que fuera víctima o testigo de delitos, para su recuperación psico-afectiva brindando: a) tratamiento especializado respetuoso, con calidad y calidez, bajo condiciones de reserva, confidencialidad, en su lengua materna o lenguaje apropiado y con la asistencia de un equipo multidisciplinario; y b) la aplicación de protocolos de atención y rutas críticas oficiales, tomando en cuenta también el anticipo de prueba para evitar la revictimización. Asimismo, el art. 156 de esta norma, señala que en todos los niveles del Estado se deberá contar con programas permanentes de prevención y atención de la violencia contra la niña, niño o adolescente.

En este contexto, la Corte se ha pronunciado respecto a las reparaciones en caso de violación a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, a este respecto la Corte ha establecido que las reparaciones comprenden obligaciones de acción y de abstención de la más variada naturaleza: legislativa, judicial, administrativa.

La reparación integral de daños tiene fundamento en el artículo 113.1 de la Constitución, el cual está en armonía con el principio de derecho internacional de los derechos humanos en virtud del cual, quien vulnera un derecho, debe repararlo.

Art. 113.1 de la Constitución

I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

¹¹⁹ Así lo señala lo expresa la Observación General No. 10, referente a los Derechos del niño en la justicia de menores, párrafos 47 y 48.

En el marco de los arts. 410, 13.1, 13.IV y 256 de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerció el control de convencionalidad y pronunció la SCP 0019/2018-S2, que aplicó de manera directa y preferente la doctrina de reparación integral de daños, en los siguientes términos:

SCP 0019/2018-S2

Interpretación del TCP.- El Tribunal efectuó una comparación entre los estándares internos e interamericanos sobre el derecho a la reparación, y concluyó que el estándar jurisprudencial más alto se encuentra en la doctrina de reparación integral, en la jurisprudencia de la Corte IDH, asumiéndose los siguientes criterios para su determinación:

1) **La restitución**; esta medida resulta ser la que debería devolver a la víctima a una situación idéntica a la que se encontraba antes de sufrir alguna vulneración a sus derechos; 2) **La indemnización**; esta medida de reparación es una de las más comunes utilizadas por la Corte IDH, se refiere a una compensación económica tanto por los daños materiales como por los inmateriales que haya sufrido la víctima, como consecuencia de la vulneración de un derecho humano; 3) **La rehabilitación**; en casos en los que la Corte IDH aplica esta medida de reparación, señala que: “...es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas de las violaciones establecidas en la presente Sentencia...”; por ende, las medidas de reparación serán destinadas a los daños inmateriales, principalmente a los morales y físicos que vaya a sufrir la víctima como consecuencia de las violaciones a sus derechos humanos; 4) **La satisfacción**; esta medida tiende a generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que pudiere haber sufrido por la violación de sus derechos humanos. Al respecto, Martín Beristaín señala: “Las medidas de satisfacción se refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo a las víctimas”. En resumen, estas medidas corresponden principalmente a actos, por parte del Estado responsable, de desagravio de los daños, tanto morales como al proyecto de vida, ocasionados a consecuencia de una violación de derechos humanos; y, 5) **La garantía de no repetición**; esta medida, principalmente, está dirigida a mitigar los daños colectivos. Así por ejemplo, con la tipificación de algún delito, se genera en toda la sociedad, de alguna manera, un sentimiento de confianza hacia el Estado, en el sentido de tener

cierta seguridad que no se repetirán circunstancias que originen violaciones de derechos humanos.

Conforme a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional, la doctrina de reparación integral de daños que tiene cinco elementos: La restitución, la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Esta reparación integral de daños, tal como lo estableció la Corte IDH debe tener una vocación transformadora de situaciones de discriminación estructural (Campo Algodonero vs. México; párr. 450); y debe evitar hechos de violencia en razón de género (Veliz Franco y otros vs. Guatemala).

Entonces, por todo lo señalado, se puede concluir afirmando que el Estado Plurinacional de Bolivia, tiene el deber de reparar integralmente los daños de acuerdo al estándar jurisprudencial más alto citado en caso de NNA víctimas de vulneraciones de derechos.

MÓDULO V

Esquema argumentativo para decisiones judiciales en materia familiar con enfoque en derechos humanos y diferencial, de género, intercultural e interseccional

1. La teoría estándar de argumentación jurídica

En contraposición a las posturas formalistas del derecho que como se vio en la primera unidad restringían la labor de interpretación y por ende de argumentación de las autoridades judiciales, a partir de la década de los años cincuenta, empezaron a desarrollarse diferentes teorías y doctrinas de argumentación jurídica que serán desarrolladas en esta unidad.

Entre estas teorías tenemos la del *logos de lo razonable* formulada por Luis Recaséns Siches; la *tópica* de Theodor Viehweg; la *nueva retórica* de Perelman; y, la *lógica informal* de Toulmin.

Al margen de las doctrinas antes señaladas, surge la denominada *Teoría estándar de argumentación jurídica* que a partir del pensamiento de MacCormick y Alexy, fue muy bien sistematizada por Atienza (2001) y que por su aceptación casi uniforme en el ámbito académico, será abordada en este trabajo (pp. 58 y 59).

MacCormick desarrolla su postura argumentativa en su clásica obra *Legal Reasoning and Legal Theory*. En este trabajo, el autor es claramente influenciado por Hume, Hart, así como por la tradición inglesa y escocesa del *Common Law*. Manuel Atienza, califica de integradora a la teoría de MacCormick por su carácter tanto descriptivo como normativo.

Así, desde el análisis de Atienza, para MacCormick, justificar significa dar razones que muestren que la decisión asegura la justicia de acuerdo con el derecho, para este fin, debe realizarse la labor de argumentación desde una justificación de primer orden y de segundo orden que considere el método del silogismo jurídico y la coherencia argumentativa de la premisa normativa, la premisa fáctica y las conclusiones o la decisión judicial.

Justificación de primer orden o justificación interna	Se realiza en casos fáciles en los cuales debe adecuarse los hechos a la norma a través del método del silogismo jurídico
Justificación de segundo orden o justificación externa	Se realiza en casos difíciles en los cuales debe a través de la

argumentación e interpretación jurídica dársele a la premisa normativa o fáctica, un sentido o una reinterpretación acorde con principios y valores jurídicos.

En este sentido, la resolución jurídica debe estar justificada internamente (justificación de primer orden), siendo ésta una condición necesaria pero no suficiente para la justificación externa que debe ser realizada en casos difíciles, en los cuales debe existir una interacción entre argumentos a partir de principios, incluyendo el uso de la analogía y argumentos consecuencialistas, entre ellos valores como la justicia, el bien común o la convivencia pública. Además en este marco debe aplicarse principios de universalidad, consistencia y coherencia.

Es importante aclarar que la doctrina estándar de argumentación jurídica, para identificar si un caso es fácil o difícil debe considerar los tres niveles de argumentación jurídica acordes con el método del silogismo jurídico y la congruencia de decisiones judiciales, en ese marco estos niveles se resumen en los siguientes:

Premisa normativa	Se refiere al enunciado o la prescripción normativa aplicable al caso sometido a decisión judicial.
Premisa fáctica	Se refiere a los hechos u omisiones denunciados en el proceso judicial, que a través de la actividad probatoria y en el marco de los sistemas de valoración de pruebas, se los tiene por probados o improbados.
Conclusiones	Se refiere a la decisión judicial que emerge de la aplicación del método del silogismo jurídico, en virtud del cual, se subsume la premisa fáctica a la premisa normativa.

En base a lo anotado, la labor de argumentación jurídica requiere que la autoridad judicial identifique si se encuentra frente a un caso fácil o difícil, en esta línea, de acuerdo a MacCormick, se considerarán casos difíciles aquellos que requerirán una justificación de segundo orden cuando se presente cualquiera de los cuatro siguientes problemas específicos:

- 1) **Problemas de interpretación que afectan la premisa normativa.** Estos problemas surgen en casos en los cuales existe duda en relación al alcance de la norma o el sentido que hay que asignarle, ya sea por ambigüedad o vaguedad del lenguaje jurídicos.
- 2) **Problemas de relevancia que también afectan la premisa normativa.** Estos problemas se producen cuando existen varias normas y existe dudas sobre su aplicación en el caso concreto
- 3) **Problemas de prueba que afectan la premisa fáctica.** Estos problemas están referidos a la existencia de dudas respecto a la existencia o inexistencia de hechos
- 4) **Problemas de calificación jurídica del hecho que también afectan la premisa fáctica.** Estos problemas surgen cuando existen dudas sobre si un hecho se enmarca o no en el campo de aplicación de la norma identificada en la premisa normativa.

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 está basado en la actividad de los tribunales superiores, que tocan aspectos de derecho, motivo por el cual descuida la argumentación fáctica.

Además, Atienza (2001), critica el carácter ideológicamente conservador de su teoría, por cuanto da prioridad a la interpretación literal de la disposición legal, por lo que parece sugerir que sólo en casos excepcionales podrían ser admitidas las decisiones “contra legem” (p. 43).

Por su parte, Robert Alexy formula su teoría en su obra *Teoría de la argumentación jurídica* en la cual afirma que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, porque se analizan cuestiones prácticas a efectos de consolidar una pretensión de corrección (la justicia).

Alexy afirma que 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 y, por

reglas y formas específicas del discurso jurídico que expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. El autor afirma también que en las decisiones judiciales, el resultado interpretativo depende de los participantes en el discurso y sus convicciones normativas correspondientes que deben ser sometidas a una discusión racional y que incluso pueden modificarse en el desarrollo del discurso; asimismo, los valores últimos son también objeto de una discusión racional y pueden modificarse en el desarrollo del discurso.

En coherencia con lo señalado, Alexy afirma 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.

Desde esta perspectiva Alexy, resalta la justificación interna y la justificación externa de las decisiones judiciales.

Atienza (2001), sostiene que la argumentación jurídica tiene tres componentes elementales: Uno formal, uno material y otro pragmático o dialectico (p. 50). Así, 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 (García Maynez, 1977, p. 321), en este escenario, la **concepción formal** de la argumentación está vinculada con el silogismo jurídico, en virtud del cual, la autoridad judicial subsume los hechos a la premisa normativa formulada en un marco de abstracción. En este marco, un argumento será válido y deductible si las premisas son

verdaderas; entonces si las premisas son verdaderas también la conclusión es verdadera (Atienza 2001, p. 58)¹²⁰.

En cuanto a la concepción formal de la argumentación, Talavera (2008), sostiene que la sentencia judicial se reduce a una justificación interna. La lógica formal o deductiva se ocupa exclusivamente de la corrección formal de los argumentos. Se trata de inferir o derivar de un conjunto de enunciados denominados premisas, otro enunciado denominado conclusión, cuyo contenido se deduce de sus premisas (p. 208). El autor señala también que una cosa es que los argumentos sean formalmente correctos y otra que sean verdaderos; es decir, un razonamiento puede ser formalmente válido porque se ajusta a las reglas de la lógica formal y no ser verdadero porque ha partido de premisas falsas (idem). Esta concepción entonces plasma la justificación interna de una decisión judicial.

En un Estado Constitucional de Derecho, esta argumentación es válida y razonable para los *casos fáciles* es decir, aquellos en los cuales, el silogismo jurídico, que no implica un despliegue argumentativo ni interpretativo, no afecta derechos ni genera una incompatibilidad con el bloque de constitucionalidad.

La **concepción material** de la argumentación desde la visión de Atienza (2001), es aplicable en los casos difíciles para efectos de coherencia con el bloque de constitucionalidad (pp. 58-59). Según el autor, desde esta concepción, la autoridad judicial debe recurrir a la justificación de premisas, para lo cual se apoyará en teorías, criterios y métodos de la interpretación, así como teorías en cuanto a la valoración de la prueba, la dogmática, entre otros aspectos. En este marco, debe señalarse que la autoridad judicial argumenta de acuerdo a razones sustantivas, autoritativas, factuales, interpretativas y críticas. El autor señala también que entre las razones sustantivas, éstas a su vez pueden ser razones finales, como la promoción de la armonía familiar; o, razones de corrección, como la obligación de restituir enriquecimiento injusto (Ibidem, pp. 43-46).

¹²⁰ En este punto es importante precisar que la subsunción, es 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”. (Couture, 1997, p. 285).

Además, desde la concepción pragmática de la argumentación se pretende lograr una argumentación en el marco de grados de aceptabilidad por los destinatarios de la interpretación. En este marco, el autor señala que la argumentación es un tipo de acción –o de interacción- lingüística, por lo que es un acto de lenguaje; entonces, cuando aparece una duda se cuestiona el enunciado. En ese marco, a diferencia del criterio formal, la argumentación es considerada un proceso regido por reglas de comportamiento lingüístico de los sujetos que intervienen en la misma, así, la sentencia es un diálogo con las partes, una puesta de razones que justifican la resolución (Atienza, 2001, p. 48).

En base a estos criterios, Atienza (2001), invoca un enfoque tridimensional con tres pasos esenciales: 1) Que el orden de las premisas y la conclusión estén lógicamente ordenadas (concepción formal), 2) Que las premisas se basen en los valores, principios, derechos y garantías constitucionales (a partir de la interpretación de la ley desde y conforme a la Constitución y los criterios de interpretación constitucionalizados) (Concepción material); 3. Que el proceso argumentativo resuelva el caso concreto en función de sus particularidades con niveles serios y razonables de persuasión (concepción pragmática) (pp. 58-59).

Además, para Atienza (2001), en una argumentación –como actividad- y en un argumento –como resultado- existen cuando menos los siguientes elementos: 1) Un *lenguaje*, porque argumentar es una actividad lingüística, y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2) Una *conclusión*, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento; 3) Una o varias *premisas*, esto es, 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 (p. 35).

El aporte principal de Manuel Atienza es su propuesta de reconstrucción racional del proceso de argumentación, ya que desde la perspectiva del autor, uno de los problemas de la teoría estándar de argumentación jurídica fue el no haber brindado un procedimiento que permita aplicar los criterios argumentativos de manera clara, coherente y ordenada, en esta perspectiva, en base a una reconstrucción racional del proceso argumentativo, su propuesta plasma los siguientes pasos:

- 1) **Identificación del problema por resolver y determinación del caso; es decir, la autoridad judicial, desde la identificación del problema a resolver, debe establecer si esta frente a un caso fácil o difícil.**
- 2) **La autoridad judicial debe determinar si el problema surge por insuficiencia de información o por un exceso de información**
- 3) **La autoridad judicial debe construir la hipótesis de solución para el problema**
- 4) **La autoridad judicial debe justificar las hipótesis de solución formuladas**
- 5) **Debe precisar su conclusión**

2. La justificación interna y externa de las resoluciones en el Estado Plurinacional de Bolivia

De acuerdo a las características propias del modelo constitucional asumidas por la Constitución de 2009, es evidente que se requiere una metodología de argumentación jurídica destinada a brindar una *conformidad* de la decisión judicial con el bloque de constitucionalidad, máxime cuando, tal como ya se señaló, la Constitución tiene fuerza normativa y por ende aplicación directa, pero además, esta argumentación jurídica debe tomar en cuenta que los principios y valores plurales deben irradiar todas las decisiones judiciales.

En este marco, las autoridades judiciales, deben brindar *razones acordes al bloque de constitucionalidad* que justifiquen sus enunciados interpretativos, en este marco, Alonso García Figueroa, señala que el objeto de la argumentación jurídica es la justificación, fundamentación de los enunciados normativos y prácticos que se reflejan en una sentencia judicial (Gascón Abellán y García Figueroa, 2005, p. 55).

En el marco de lo señalado, es importante entonces precisar que la argumentación jurídica analiza las premisas normativas, y también las fácticas que tienen como conclusión una norma aplicada a un caso concreto.

En base a lo señalado, la argumentación jurídica contemporánea, plantea una justificación interna de las decisiones judiciales y una externa en el marco de la

formulación de una premisa normativa, una premisa fáctica y las conclusiones, estos criterios son también aplicables para un esquema de argumentación jurídica en el Estado Plurinacional de Bolivia.

La premisa normativa, está referida a la disposición legal que será aplicada en el problema jurídico que plantea el caso concreto

La premisa fáctica, está referida a la constatación de los hechos, la valoración de la prueba pertinente y la calificación jurídica

La conclusión, que es la decisión judicial en el marco de la subsunción de la premisa fáctica a la premisa normativa

En este contexto, Atienza afirma que la concepción lógica marca los criterios de corrección formal de la argumentación en su aplicación específica en el campo de la decisión judicial. En este marco, una decisión judicial estará justificada internamente, es decir desde la concepción formal, cuando en aplicación del silogismo jurídico, exista una estricta correspondencia entre la premisa normativa, la premisa fáctica y la conclusión (decisión que responda a la subsunción de los hechos a la norma); en este marco, Atienza señala que un argumento desde esta concepción, es producto del encadenamiento de proposiciones; entonces, el argumento será deductiblemente válido si las premisas son verdaderas; en otras palabras, si las premisas son verdaderas, también lo será la conclusión. Por tanto, en la justificación interna o de primer orden, 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 (Atienza, 2001, pp. 58-59). En este marco, puede afirmarse que la concepción formal de la argumentación está vinculada a un análisis interno de congruencia.

Sin embargo, el cumplimiento de la justificación interna, no asegura que se cumpla criterios de justificación material, criterio que debe ser fielmente asegurado por la autoridad judicial en un Estado Constitucional de derecho (Atienza, 2001, pp 58-59).

Por su parte, la justificación externa, es un criterio de corrección de decisiones judiciales destinado a lograr que las mismas sean *conformes* y *coherentes* con el bloque de constitucionalidad.

En este marco, este criterio tiene la finalidad de asegurar que los argumentos utilizados por la autoridad judicial en aquellos casos considerados difíciles, sean coherentes con el bloque de constitucionalidad. En este marco, una vez identificados los problemas jurídicos, la autoridad judicial debe proceder a reconstruir la premisa normativa o la premisa fáctica. Reconstruir, implica una labor de interpretación en el marco de una coherente argumentación jurídica que contemple criterios razonables de fundamentación (argumentación a nivel de premisa normativa); y motivación (argumentación a nivel de premisa fáctica), en base al siguiente cuadro.

Si el problema jurídico se presenta a nivel de premisa normativa (Problemas de interpretación, de antinomias, de obscuridad, etc.). La autoridad judicial debe realizar una labor de reconstrucción normativa, es decir, debe brindarle a la norma un sentido conforme al bloque de constitucionalidad y de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación para evitar decisiones arbitrarias. En este caso la autoridad judicial tiene la carga argumentativa, es decir debe cumplir con los requisitos de una razonable fundamentación

Si el problema jurídico se presenta a nivel de premisa fáctica, la autoridad judicial debe valorar los hechos de acuerdo a los principios de verdad material, prevalencia de la justicia material, iura novit curia, inviolabilidad de los derechos, etc. En este caso, la autoridad judicial tiene la carga argumentativa, en este marco, debe cumplir con los requisitos de una razonable motivación

Atienza (2001), afirma que en la justificación externa, debe recurrirse a las teorías, criterios y métodos de interpretación, así como a las teorías sobre valoración de la prueba, la dogmática, entre otras (pp. 35-36).

Como se puede evidenciar, de acuerdo al criterio de justificación externa o material, la autoridad judicial despliega su labor interpretativa y argumentativa en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación, ya sea en la premisa normativa o fáctica, ó, en ambas, dependiendo los problemas jurídicos que se hayan identificado.

3. La diferencia entre la fundamentación y la motivación en el modelo argumentativo. Las reglas del debido proceso sustantivo y de lo razonado como requisito de lo razonable

En este punto es importante señalar que el proceso de argumentación tiene la finalidad de justificar la decisión, dicha justificación a nivel de premisa normativa se denomina fundamentación y a nivel de premisa fáctica motivación.

En base a lo señalado, se establece que la fundamentación se refiere a la carga argumentativa que tiene la autoridad judicial a nivel de premisa normativa, en virtud de la cual, la autoridad judicial está obligada no sólo a citar las disposiciones normativas invocadas, sino, especialmente en casos difíciles, a justificar su interpretación a través de herramientas de jurisprudencia, doctrina y especialmente en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación.

Por el contrario, la motivación se refiere a las razones jurídicas que determinan que los hechos y medios probatorios aportados en un caso concreto se adaptan a la premisa normativa invocada por la autoridad jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional distinguió la fundamentación de la motivación de las sentencias en la SC 1291/2011-R de 26 de septiembre, tal como lo evidencia las fichas jurisprudenciales que se exponen a continuación:

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, se denunció la vulneración de los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica porque los vocales demandados, sin explicación objetiva de la ley emiten un resultado interpretativo arbitrario.</p>
<p>Precedente SCP 1291/2011-R</p>	<p>(...) 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. <u>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</u>, 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.</p>

Razón jurídica de la decisión	El TCP confirma la decisión del tribunal de garantías y concede la tutela para que se emita una nueva decisión cumpliendo con requisitos de fundamentación y motivación de resoluciones judiciales.
--------------------------------------	---

Posteriormente, el Tribunal Constitucional Plurinacional resaltó la importancia de la fundamentación en la SCP 1414/2013 de 16 de noviembre, tal como lo resalta la ficha jurisprudencial que se presenta a continuación:

Resumen del caso	A través de una acción de amparo constitucional, se denunció que las autoridades demandadas vulneraron los derechos al debido proceso, en su elemento a la defensa y los principios de legalidad e irretroactividad penal, ya que emitieron un auto supremo sin la debida fundamentación en cuanto a la prohibición de aplicación retroactiva de ley penal toda vez que en su caso se aplicó retroactivamente una ley penal.
Precedente SCP 1414/2013	(...) 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 ".
Razón jurídica de la decisión	El TCP revocó la decisión del tribunal de garantías y concedió la tutela respecto al derecho de contar con resoluciones debidamente fundamentadas y también por el derecho de acceso a la justicia.

La línea de la fundamentación y motivación tiene también un estándar jurisprudencial más alto en la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, la cual desarrolló el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada, contenido que comprende cuatro niveles esenciales:

- 1) **La justificación sobre el sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: a) La Constitución formal, es decir el texto escrito; b) Los Tratados internacionales sobre**

<p>Derechos Humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad; así como la ley, traducida en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad</p>
<p>2) La motivación debe generar 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 arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia.</p>
<p>3) La motivación debe garantizar la posibilidad de control de resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y,</p>
<p>4) La motivación debe 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 observancia del principio de publicidad.</p>

Estos requisitos, que como ya se dijo consagran el estándar más alto en la línea jurisprudencial de fundamentación, se evidencian en la ficha jurisprudencial que se presenta a continuación:

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional el accionante denuncia la vulneración de sus derechos a una resolución motivada, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, entre otros, porque las resoluciones cuestionadas que establecieron su suspensión al ejercicio de funciones “por supuestamente haber causado deterioro a la imagen del poder judicial”, no guardan coherencia ni contemplan una debida justificación.</p>
<p>Precedente SCP 2221/2012</p>	<p>“FJ III.1 El derecho a una resolución fundamentada y motivada: Su contenido esencial en el Estado Constitucional de Derecho El derecho a una resolución fundamentada y motivada es una de las garantías mínimas del debido proceso reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115.II y 117.I de la CPE, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El respeto y protección del debido proceso y, por ende, de sus garantías constitutivas, no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también lo es en el ámbito de la potestad sancionadora de la administración pública. (...)</p>

En ese orden de ideas, a conforme refirió la SCP 0998/2012 de 5 de septiembre: “La teoría constitucional ha desarrollado la técnica del contenido esencial de los derechos fundamentales, a partir de la cual, la aplicación directa de los mismos debe asegurar el respeto y eficacia plena de los elementos constitutivos de ese contenido esencial o núcleo duro de derechos”.

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 observancia del principio de publicidad(...)**” (sic) (resaltado y subrayado ilustrativo).

La referida sentencia constitucional, en una coherente técnica argumentativa, justifica el precedente también en los siguientes argumentos:

- 1) Todo órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir sobre conflictos o pretensiones, debe observar los principios de constitucionalidad y de legalidad, por esta razón,

debe justificar su sometimiento manifiesto a la Constitución, compuesta no sólo por su texto, sino analizada desde el bloque de constitucionalidad que integra Tratados internacionales referentes a Derechos Humanos. Además, según la SCP 0110/2010-R, también forman parte del bloque de constitucionalidad los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La SCP 2221/2012, señaló que en el Estado Constitucional de Derecho asumido por la Constitución, el principio de legalidad se encuentra en sumisión a un principio más alto: El principio de constitucionalidad.

- 2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria y que más bien observa el valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y congruencia, implica que todo órgano o persona, cumpla con el principio de razonabilidad, que es un directriz valiosa estrechamente relacionada al valor justicia, porque se manifiesta como un mecanismo de control y barra de contención de la arbitrariedad (principio de interdicción de la arbitrariedad).
- 3) La arbitrariedad es contraria al Estado Constitucional de Derecho, el cual garantiza la proscripción de decisiones arbitrarias porque todas las decisiones deben ser conformes con el bloque de constitucionalidad, solo así se superará a ese “Estado bajo el régimen de la fuerza”.
- 4) La arbitrariedad puede estar expresada en: a) Una “decisión sin motivación”, b) en una “motivación arbitraria”; o, c) En una “motivación insuficiente”.
- 5) Una resolución en sentido general (judicial o administrativa) será arbitraria cuando no brinde razones (justificaciones) que sustenten su decisión. Si esta carece de razones de hecho y de derecho, estamos ante una “decisión sin motivación”, debido a que “decidir no es motivar”. La “justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales y materiales) sobre el derecho y los hechos sub iudice (asunto pendiente de decisión)”.
- 6) Cuando una resolución en sentido general (judicial o administrativa) sustenta su decisión con fundamentos y consideraciones meramente retóricas, basadas en conjeturas que carecen de todo sustento probatorio o jurídico alguno y se encuentra alejada de la sumisión a la Constitución, se tiene una “motivación arbitraria”.
Un supuesto de “motivación arbitraria” se presenta en casos en los cuales una decisión coincide o deviene de valoración arbitraria o irrazonable de la prueba; o en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso, que en ambos casos influye en la confiabilidad de las hipótesis fácticas (hechos probados), arbitrariedad que incidirá en la decisión.
- 7) 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”.

- 8) 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”; “motivación arbitraria”; “motivación insuficiente”, entonces, es calara la visualización de la lesión del derecho a una resolución fundamentada o motivada, como elemento constitutivo del debido proceso.

La prohibición de arbitrariedad también ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos, en el caso, *Yatama vs. Nicaragua*¹²¹, estableció lo siguiente:

“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”

En un análisis dinámico de línea jurisprudencial, es esencial determinar la interdependencia jurisprudencial que existe entre la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, con la SCP 0683/2013, la cual, a la luz de la razonabilidad de las decisiones judiciales y la proscripción de decisiones arbitrarias, consagró el *debido proceso sustantivo*, el cual a su vez, está vinculado con un acto administrativo justo o una sentencia judicial justa y por ende acordes con un bloque de constitucionalidad con un fuerte valor axiológico, tal cual ya se señaló, presupuestos que hacen a la esencia misma de un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho.

En efecto, la SCP 0683/2013, justificó el precedente referente al *debido proceso sustantivo*, en varios argumentos, uno de ellos el modelo de Estado vigente, en este marco, estableció lo siguiente:

“(...) la concepción del Estado Constitucional de Derecho que caracteriza al Estado Plurinacional de Bolivia, condiciona al ejercicio del poder a la estricta observancia de un bloque de constitucionalidad imperante, el cual, no se encuentra compuesto

¹²¹ Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr.152.

únicamente por reglas jurídicas de rango supremo, sino también forma parte de él los principios y valores supremos destinados a la materialización del vivir bien como fin esencial del Estado, contexto en el cual, la interculturalidad, asegura que los valores plurales supremos, se complementen en una sociedad plural e irradian de contenido todos los actos de la vida social, no existiendo ámbito exento de irradiación constitucional” (FJ III.1)

En base a lo señalado, esta sentencia, justifica el precedente vinculante en cuanto al debido proceso sustantivo en los siguientes términos:

“(…) se colige que a la luz del vivir bien, la justicia y la igualdad como principios y valores plurales supremos que forman parte del bloque de constitucionalidad imperante, irradian de contenido todos los actos de la vida social, consagrado así los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho, premisa a partir de la cual ...será desarrollado el principio de prohibición de arbitrariedad” (FJ III.2)

Así, en el marco de una plena coherencia con la SCP 2221/2012, la SCP 0683/2013 desarrolla *el principio de prohibición de ejercicio arbitrario de poder y su resguardo a través del sistema plural de control de constitucionalidad*. En este marco, establece los siguientes presupuestos esenciales:

- 1) “...en el Estado Plurinacional de Bolivia rige una garantía sustantiva esencial: la prohibición de ejercicio arbitrario de poder, cuya génesis se sustenta en los postulados del Estado Constitucional de Derecho, en el cual, el ejercicio del poder se encuentra condicionado al respeto del bloque de constitucionalidad imperante” (FJ III.3).
- 2) “En efecto, la garantía antes citada, a su vez, se configura como un principio esencial a partir del cual, es exigible en el Estado Plurinacional de Bolivia “la razonabilidad de toda decisión que emane del ejercicio del poder”, aspecto que en stricto sensu y a la luz del vivir bien, resguarda los valores de igualdad y justicia entre otros, asegurándose de esta manera la vigencia de una real democracia constitucional” (FJ III.3).
- 3) “De acuerdo a lo mencionado, el canon antes referido, debe ser aplicable a decisiones legislativas, administrativas o judiciales, por lo que la ley, el acto administrativo y la sentencia, para ser válidos a la luz del proceso de aplicación creadora del derecho, requieren en el marco de los postulados del Estado Constitucional de Derecho, la

observancia de dos requisitos esenciales de validez: i) El cumplimiento de presupuestos normativo-formales; ii) El cumplimiento de presupuestos axiológicos jurídicos de justicia, aspecto íntimamente vinculado al principio de razonabilidad y al principio de ejercicio arbitrario de poder” (FJ III.3).

- 4) Si en sede judicial o administrativa no se garantiza este canon de razonabilidad, el mismo puede ser resguardado a través de la acción de amparo constitucional. (FJ III.3)

En base a lo establecido, en el marco de una vinculación de la razonabilidad de las decisiones judiciales y administrativas, la cual a su vez es interdependiente a los criterios de fundamentación y motivación (SCP 2221/2012), esta sentencia desarrolla el precedente en vigor, que a su vez se configura como el estándar jurisprudencial más alto en cuanto al debido proceso sustantivo, dicho precedente se refleja en la ficha jurisprudencial que se presenta a continuación.

<p>Resumen del caso</p>	<p>A través de una acción de amparo constitucional, se denuncia a los y las magistradas del Tribunal Supremo de Justicia por haber desviado de manera arbitraria en un proceso contencioso administrativo la aplicación objetiva de una norma tributaria.</p>
<p>Precedente SCP 0683/2013</p>	<p>FJ III.5. “...debe colegirse que en su faceta sustantiva, el debido proceso se configura como un estándar de justicia que en resguardo del principio constitucional de prohibición de ejercicio arbitrario de poder, en cuanto a las sentencias judiciales, asegura la prevalencia del principio de razonabilidad y por ende de los valores justicia e igualdad, para consolidar así el vivir bien en el Estado Plurinacional de Bolivia, razón por la cual, en teoría constitucional, se identifica al debido proceso sustantivo como “una regla del equilibrio conveniente o de racionalidad de las relaciones sustanciales. (...) Lo expuesto precedentemente, evidencia la interpretación en derecho comparado progresiva del derecho al debido proceso, elemento que debe ser considerado para un reconocimiento en el Estado Plurinacional de Bolivia del derecho al debido proceso sustantivo, pero a la luz de las características del Estado Constitucional de Derecho enmarcado en el modelo de estado asumido por el Estado Plurinacional de Bolivia, tal</p>

	<p>cual se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional. De acuerdo a lo señalado, se colige que en el Estado Plurinacional de Bolivia, la dimensión material del debido proceso en cuanto a sentencias judiciales, exige que éstas, sean justas y aseguren el valor igualdad, aspecto que las tornará razonables y respetuosas del bloque de constitucionalidad imperante, en ese contexto, la inobservancia de los valores plurales supremos por parte de sentencias judiciales, deberá ser tutelada a través de la acción de amparo constitucional disciplinada en el art. 128 de la CPE”.</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión, confirma la decisión del tribunal de garantías y concede la tutela porque las autoridades demandadas vulneraron el debido proceso sustantivo.</p>

Esta misma sentencia, brinda otro precedente esencial de análisis, ya que establece los criterios esenciales para la razonabilidad de una decisión judicial, que pueden resumirse en los siguientes:

- 1) “...será razonable toda decisión judicial compatible al bloque de constitucionalidad imperante, en cuanto su contenido sea acorde con valores plurales supremos como ser la justicia e igualdad, presupuesto que constituye un límite objetivo a las decisiones arbitrarias contrarias al Estado Constitucional de Derecho”. (FJ III.6)
- 2) “...éste control de razonabilidad, debe ser realizado prima facie por las autoridades jurisdiccionales y en caso de no restitución del derecho al debido proceso sustantivo en cuanto a su razonabilidad, deberá ser tutelado por el Tribunal Constitucional Plurinacional como último y máximo garante de los derechos fundamentales, a través de pautas específicas para su aplicación” (FJ III.6).

En base a lo señalado, la SCP 0683/2013, establece otro precedente en vigor esencial: *La regla del equilibrio armónico con el bloque de constitucionalidad a través de la “razonabilidad cualitativa”*, precedente que establece lo siguiente:

“...la razonabilidad cualitativa, es un estándar del vivir bien cuyos valores inmanentes son la justicia e igualdad; en esta perspectiva, la razonabilidad de una sentencia judicial bajo este parámetro, será

analizada en un caso concreto a la luz de decisiones arbitrarias emergentes de desviaciones normativas, que generen aplicación jurídica discriminatoria. En el marco de lo señalado, el resguardo del valor igualdad, para evitar discriminaciones normativas indebidas, injustas e irrazonables, debe atender a la estructura lógica de la norma jurídica, la cual está compuesta por tres elementos esenciales: 1) El supuesto de hecho, que es el conjunto de requisitos o condiciones establecidas en la norma y de cuyo cumplimiento se hace la producción de la consecuencia jurídica; 2) La consecuencia jurídica, que son los efectos jurídicos que se producen una vez cumplidos todos los requisitos o condiciones establecidas en la norma jurídica; y 3) El nexo o vínculo del deber ser, que una al supuesto de hecho con la consecuencia jurídica; en ese sentido, la desviación normativa, torna arbitraria una sentencia judicial, por disimilitud del supuesto de hecho con la consecuencia jurídica y los antecedentes fácticos del caso, evidenciándose en estas circunstancias la irrazonabilidad del nexo o vínculo del deber ser y afectándose por tanto el valor plural supremo de igualdad". (FJ III.7)

Ahora bien, desde la razonabilidad de las decisiones judiciales, esta sentencia brinda un precedente esencial para cumplir con los deberes de fundamentación y motivación desde las reglas de un debido proceso sustantivo, en ese sentido, desarrolla el alcance de *los actos razonados como condición esencial para lo razonable*.

Antes de identificar el precedente, es importante resaltar la justificación que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional para precisar el alcance de *lo razonado como requisito de lo razonable*, en ese marco, se puede destacar lo siguiente:

1) "...el ideal constitucional de la razonabilidad prescribe una práctica democrática basada en entendimientos razonados y razonables, por tanto, en un Estado Constitucional de Derecho, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, la exigencia de razonamiento configura también al debido proceso sustantivo, siendo el razonamiento argumentativo, un presupuesto de este derecho" (FJ III.8).

2) "...en el marco de una interpretación progresiva del derecho al debido proceso, es evidente que el elemento motivación, no puede quedar como un presupuesto estático del debido proceso en su faceta adjetiva, sino por el contrario, en el marco de una evolución interpretativa a ser adoptada por este Tribunal, la motivación, debe además ser reconocida como un elemento esencial del debido proceso sustantivo, ya que tal como se dijo precedentemente, el ideal constitucional de la razonabilidad

prescribe una práctica democrática basada en entendimientos razonados y razonables” (FJ III.8).

- 3) En tanto y cuanto las autoridades judiciales o administrativas observen las pautas constitucionalizadas de interpretación se tendrá por cumplida la razonabilidad de las decisiones en el marco de una práctica democrática basada en entendimientos razonados y razonables. (FJ III.8)

En base a todo lo expuesto, esta sentencia, establece los siguientes requisitos para que una decisión sea razonada y razonable:

Lo razonado como requisito de lo razonable (FJ III.8)
1) La autoridad judicial debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales
2) La autoridad debe exponer de manera clara los aspectos fácticos pertinentes
3) La autoridad debe identificar los supuestos de hecho de la norma o normas aplicables al caso
4) La autoridad judicial debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales
5) La autoridad judicial debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada.
6) La determinación del nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado.
7) La autoridad judicial debe establecer las pautas de interpretación reconocidas por la teoría jurídica, para evitar así decisiones e interpretaciones normativas arbitrarias.

A partir de todo lo señalado, es importante resaltar que en base a los estándares jurisprudenciales más altos en motivación y fundamentación, el debido proceso sustantivo no se agota en una fundamentación o motivación formal o de primer orden, sino en una fundamentación sustantiva en la cual las autoridades judiciales generen interpretaciones realmente enmarcadas al bloque de constitucionalidad, lo que implicará proscribir la arbitrariedad.

4. La doctrina de la argumentación jurídica plural

Si bien la teoría estándar de argumentación sentó la bases para ordenar y estructurar decisiones judiciales para que tengan una adecuada justificación interna y externa, no es menos cierto que el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia a partir de la Constitución de 2009, que consagra un modelo de Estado estructurado a partir de la vigencia de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización; pero además, con una incidencia directa del derecho internacional de los derechos humanos, requiere la formulación de una *doctrina de argumentación jurídica plural* que si bien en el marco de la interculturalidad y complementariedad asumirá elementos de la teoría estándar de argumentación jurídica, entre ellos la concepción de premisa normativa, premisa fáctica y conclusión, así como los criterios de justificación interna o externa; empero, para casos difíciles, la labor de *reconstrucción* deberá estar guiada por las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en este trabajo y deberá considerar la vigencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en aras de la construcción plural de derechos a partir de la interpretación intercultural de hechos, del derecho y de los derechos, sólo así se superará las interpretaciones monoculturales propias de un Estado monista.

Esta doctrina de argumentación jurídica además generará la aplicación de nuevos métodos del derecho, entre ellos la aplicación directa y preferente de derechos en caso de existir una ambigüedad o contradicción entre una norma interna con un tratado internacional referente a derechos humanos o en relación a un estándar internacional de protección a derechos. Pero además, la teoría de argumentación jurídica plural implicará, en caso de colisión de derechos, la aplicación de la ponderación intercultural.

Como puede advertirse, la doctrina de argumentación jurídica tiene una relación directa con el modelo de Estado, por lo que el reto en el Estado Plurinacional de Bolivia es generar una teoría de argumentación plural acorde al diseño constitucional. Esta teoría de argumentación plural, debe considerar la vigencia de un sistema plural de fuentes normativas, en el cual las normas, procedimientos, cosmovisiones y valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinos son fuente directa de derechos y deben ser directrices esenciales que guíen la argumentación de los jueces ordinarios y

agroambientales, desde esta perspectiva, los argumentos jurídicos de las decisiones judiciales pueden provenir tanto del sistema ordinario como del sistema indígena originario campesino, ya que la premisa normativa y fáctica debe considerar un contexto de diversidad cultural; pero con mayor razón, la premisa normativa y la fáctica en el marco de una argumentación jurídica plural debe considerar el contexto cultural de la nación y pueblo indígena originario campesino cuando uno de sus miembros sea parte del proceso o cuando se analiza la lesión de un derecho colectivo de un pueblo indígena.

Por lo anotado, la teoría de argumentación jurídica plural, debe introducir elementos culturales en aras de una construcción plural de derechos y una interpretación con perspectiva intercultural, en este escenario, esta teoría de argumentación jurídica plural, tiene sustento en una *pluralidad epistemológica* en virtud de la cual, no existe una sola forma de conocimiento, sino múltiples formas de saberes y de entendimientos de la realidad, este precisamente es el planteamiento de la descolonización, ya que desde esta visión no existe cultura superior a otra, todas son iguales y se complementan entre ellas a través de mecanismos dialógicos. Este es el desafío de la teoría jurídica boliviana, por lo que las autoridades judiciales cumplen un rol esencial para materializar los derechos con enfoque intercultural en el marco de la doctrina del bloque de constitucionalidad vigente, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional Plurinacional por ejemplo en la SCP 2007/2013, cuya ficha jurisprudencial ya fue expuesta en la segunda unidad de este texto.

Es importante destacar que las autoridades judiciales, en el marco de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, deben acudir de manera obligada al contexto cultural de los pueblos indígenas en dos casos concretos:

- 1) Cuando uno o más miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino sean sometidos a la jurisdicción ordinaria
- 2) Cuando esté en conflicto un derecho colectivo de titularidad de naciones y pueblos indígena originario campesinas

Para estos dos supuestos, los jueces y tribunales de garantía deben aplicar el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, que es un mandato convencional que consagra la vigencia de un pluralismo jurídico en un contexto de diversidad cultural y que en

ejercicio del control de convencionalidad debe ser aplicado con preferencia en el orden interno, esta disposición señala:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”

También el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT señala, debe ser aplicado específicamente en materia penal. Esta disposición convencional señala:

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros

Por su parte, el numeral segundo del artículo 9 del Convenio 169 de la OIT, señala lo siguiente:

Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia

En base a lo señalado, desde un análisis acorde al modelo de Estado vigente, en casos en los cuales una de las partes sea un miembro de un pueblo indígena o cuando se discuta un derecho colectivo de un pueblo indígena, las y los jueces de la jurisdicción ordinaria, en cualquier materia, o en la jurisdicción agroambiental, deben: **1)** Designar traductor; **2)** Designar perito; **3)** Asignar un defensor especializado; **4)** Interpretar las normas pluralmente, en *conformidad* con el bloque de constitucionalidad; **5)** Valoración de los hechos a partir del contexto cultural específico de la persona o pueblo indígena parte del proceso; y, **6)** Brindar una solución acorde a la diversidad cultural de la parte que sea un

miembro de una nación o pueblo indígena originaria campesina o que sea un pueblo indígena. Por su importancia cada uno de estos elementos será desarrollado de manera específica.

a. Designación de traductor o intérprete

La argumentación jurídica plural, tiene como premisa la construcción plural de derechos y su aplicación en casos concretos desde las voces de los históricamente oprimidos, como es el caso de los miembros de los pueblos indígenas, por esta razón, un elemento central en esta temática es la asignación de traductor, que además resguardará un debido proceso sustantivo y tiene base en el artículo 120 de la Constitución, el cual establece que toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma, y que excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete. En cuanto a esta temática se tiene el estándar más alto en la SCP 0061/2010-R, cuya ficha se plasma a continuación:

<p>Resumen del caso</p>	<p>El accionante a través de esta acción de libertad, denunció estar ilegalmente detenido porque al momento de su aprehensión, no se respetó el derecho que tenía a ser asistido por un intérprete de su entera confianza, pero además, denunció la omisión de notificación de su detención al Consulado Brasileño.</p>
<p>Precedente SCP 0061/2010-R</p>	<p>FJ III.4.1 “(...) debe entenderse que esta garantía de desarrollo del proceso en el idioma del imputado, es la regla tratándose de personas de nacionalidad boliviana, dado el carácter plurinacional de nuestro Estado y los principios de pluralidad y pluralismo lingüístico previstos en el art. 1 de la CPE, que obligan a los servidores públicos, más aún a quienes cumplen funciones en el órgano judicial a respetar las manifestaciones culturales de los diferentes grupos y naciones, siendo una de ellas el idioma”.</p>

b. Designación de perito

En todo proceso sustanciado en la jurisdicción ordinaria o agroambiental, las y los jueces, cuando una parte sea un miembro de un pueblo indígena o cuando se discute el derecho colectivo de un pueblo indígena, debe designar un perito, que en una coherencia con el modelo vigente, debe ser una persona que sea parte de la comunidad y que por ende pueda brindar elementos esenciales para una interpretación intercultural de derechos.

Esta exigencia es aplicable a todas las materias, entre ellas al ámbito familiar, pero en especialmente debe ser cumplida en materia penal, ya que es esencial que se brinde a la normativa sustantiva y adjetiva familiar un enfoque intercultural e interseccional.

En este sentido, es pertinente citar el *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*, a partir del cual, para una interpretación intercultural de derechos en materia familiar puede designarse un perito, en ese sentido, de acuerdo a éste instrumento, es recomendable que el perito que se vaya a designar sea una persona de la comunidad, de la nación y pueblo indígena originario campesino a la cual pertenezca una de las partes cuyos derechos se definan en vía familiar; pues es la persona que, con toda idoneidad, podrá explicar el sistema jurídico indígena originario campesino correspondiente o la cosmovisión, principios y valores de ese pueblo indígena¹²².

c. Interpretación de normas pluralmente concebidas en conformidad con el bloque de constitucionalidad

Las autoridades judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en la primera unidad de este trabajo, cuando una parte del proceso sea un miembro de un pueblo indígena o cuando se discuta un derecho en relación a un pueblo indígena, deberá interpretar pluralmente la premisa normativa aplicable al caso. En este marco podrán realizar flexibilizaciones

¹²² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*, op. cit. pp 95-96.

procesales, brindar un alcance intercultural al orden sustantivo, y brindar soluciones acordes con la identidad y diversidad cultural.

Es importante señalar también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0487/2014, estableció la obligación de las autoridades judiciales de efectuar en sus resoluciones judiciales una interpretación plural del derecho y, en su caso, efectuar la correspondiente ponderación intercultural de derechos en el marco de la vigencia del pluralismo jurídico de tipo igualitario y la interculturalidad para evitar así interpretaciones monoculturales.

d. Valoración de los hechos a partir del contexto cultural específico de la persona o pueblo indígena parte del proceso

La autoridad judicial en materia familiar, en el marco de una argumentación jurídica plural y para evitar interpretaciones monoculturales del derecho, debe comprender el hecho y valorarlo a partir de los principios, valores y cosmovisión del pueblo indígena originario campesino al que pertenece la persona indígena que es parte procesal en un derecho, o el pueblo indígena en relación al cual se discute un derecho colectivo.

La interpretación intercultural de derechos es también importante en el caso de conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria familiar y la indígena originaria campesina, en este contexto, las autoridades judiciales en materia familiar, para allanarse o rechazar la solicitud de declinatoria de competencia de autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, deben interpretar interculturalmente los hechos y a partir de ello la Ley de Deslinde Jurisdiccional, la cual debe considerar los principios, valores, derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en una interpretación intercultural, así los señaló la SCP 0037/2013, cuya ficha jurisprudencial se expone a continuación.

Resumen del caso	Las autoridades de la comunidad Cerrillos Jatun Ayllu San Pablo, activaron ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, conflicto inter-jurisdiccional de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina, ya
-------------------------	---

	<p>que en el curso del proceso penal ordinario que se sustanciaba contra un miembro de su comunidad, el juez ordinario rechazó la solicitud de declinatoria de competencia formulada por la comunidad Cerrillos Jatun Ayllu San Pablo. Esta comunidad sustenta que su jurisdicción indígena originaria campesina es competente para conocer el caso porque los hechos denunciados devienen de decisiones asumidas en reunión ordinaria de comunarios.</p>
<p>Precedente SCP 0037/2013</p>	<p>“FJ III.6 (...) Asimismo, en cuanto a la vigencia material, la Norma Suprema hace una derivación a la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Sin embargo, es importante señalar que esta distinción material como ámbito competencial en la mayoría de los casos no opera en los pueblos indígena originario campesinos. <u>El conocimiento y resolución de los asuntos parte de una comprensión integral, desde un sentido de totalidad, atendiendo el conflicto como una unidad en la que ingresa lo espiritual y religioso, no existe una diferenciación en materia penal, civil, social, familiar, etc. De otro lado, en correspondencia con una interpretación sistémica y teleológica de la Ley Fundamental, es importante recordar que en virtud de la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos (art. 2 de la CPE), cada uno de ellos tiene su sistema jurídico acorde con su cosmovisión, con su cultura, tradiciones, valores, principios y normas, en virtud de ello determinan qué hechos o asuntos resuelven, deciden o sancionan, adquiriendo la competencia para conocer los hechos y asuntos que siempre han conocido y resuelto, así como para decidir en cuáles deciden intervenir y cuáles derivarlos a otra jurisdicción.</u></p> <p>En este contexto, la jurisdicción indígena originaria campesina en confluencia con el ámbito personal y territorial <u>tiene competencia para conocer y resolver los hechos y asuntos que siempre han resuelto y que considere atinentes, independientemente sean considerados leves o graves, penales o civiles por el derecho estatal. De tal forma, es importante evitar una reducción externa de los asuntos que pueden conocer porque se ingresa en un quiebre de los</u></p>

	<p><u>postulados constitucionales y los previstos en el bloque de constitucionalidad.</u> (...) Con esta línea de razonamiento, <u>es importante dejar como pauta interpretativa que en virtud del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesino y su autonomía, el contenido de lo previsto en el art. 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe encontrar compatibilidad con la Constitución Política del Estado entendida en su unidad, vale decir, bajo sus principios fundantes de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización entre otros y el bloque de constitucionalidad, cuya compatibilidad de cada una de las materias asignadas, no corresponde ser analizada en la causa presente por no vincularse con la problemática en análisis</u>” (sic) (subrayado y resaltado propio).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El Tribunal Constitucional Plurinacional, luego de brindar al art. 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, declaró competente para conocer el caso a las autoridades originarias de la Comunidad Cerrillos Jatun Ayllu San Pablo de la provincia Sud Lípez del departamento de Potosí.</p>

Es importante destacar que la interpretación intercultural fue también consagrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así por ejemplo, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte aplicó el principio de efectividad o de protección real, en virtud del cual debe tomarse en cuenta la identidad cultural de los pueblos indígenas, este entendimiento se plasma en el siguiente extracto:

“51. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la

población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”.

f. Solución acorde a la diversidad cultural de la parte que sea un miembro de la nación o pueblo indígena originario campesino o que sea un pueblo indígena

La argumentación jurídica plural, que se traduce en la justificación con enfoque intercultural de la premisa normativa y la premisa fáctica, debe también arribar a una conclusión con enfoque intercultural, es decir, cuando en el proceso judicial es parte un miembro de un pueblo indígena o un pueblo indígena, se deben adoptar soluciones al caso que respeten las identidades culturales.

Desde esta perspectiva, el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, establece que en casos en los cuales se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a los miembros de dichos pueblos, deberá tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; pero además, esta disposición que forma parte del bloque de constitucionalidad señala que: “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Esta prescripción es fundamental en materia penal, especialmente en un contexto en el cual, lamentablemente y en contraposición a todos los estándares internacionales referentes a detención preventiva, ésta se ha convertido de manera indebida y arbitraria en la regla y no así en la excepción. Desde esta lógica, las y los jueces, antes de establecer una medida de detención preventiva o una sanción penal privativa de libertad contra un miembro de un pueblo indígena, deben inexcusablemente aplicar el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT.

g. La protección reforzada a grupos de atención prioritaria y el enfoque diferenciado e interseccional en la argumentación jurídica plural

Una teoría de argumentación jurídica plural acorde con el bloque de constitucionalidad vigente, desde la cláusula de la igualdad material, sin duda debe

considerar a los grupos de atención prioritaria y a los criterios prohibidos de discriminación denominadas también por el derecho internacional de los derechos humanos *categorías sospechosas*. La identificación de estos criterios se enmarca al llamado *enfoque diferencial de los derechos humanos*, el cual plantea el análisis de los casos a partir de la identificación de población o grupos vulnerabilizados para un análisis con enfoque generacional (niñas, niños y adolescentes, así como personas adultas mayores); con perspectiva de género (mujeres y personas lesbianas, gay, bisexuales, trans sexuales, trans género e intersex LGBTI); o enfoque intercultural (pueblos indígenas y sus miembros).

Una vez identificados estos criterios, en el marco de la pauta constitucionalizada consignada en el artículo 256 de la Constitución boliviana (Principio de favorabilidad, en armonía con el 14.II (Garantía de prohibición de discriminación por categorías sospechosas) y con el 29 de la Convención Americana (fuente convencional del pro-persona), las autoridades judiciales en la jurisdicción ordinaria o agroambiental deberán realizar interpretaciones extensivas y favorables precisamente para lograr la igualdad material en el marco de un pleno acceso a la justicia, sin ningún tipo de discriminación.

Además, con mayor razón en casos en los cuales se planteen problemas jurídicos vinculados a un grupo de atención prioritaria o un criterio prohibido de discriminación, las autoridades de la jurisdicción ordinaria o agroambiental, deben aplicar las otras pautas constitucionalizadas de interpretación como el principio *iura novit curia*, el principio de flexibilización en base a los criterios pro natura o pro pueblos indígenas que ya fueron explicados en la segunda unidad, o en base al principio de prevalencia de la justicia material.

En efecto, el modelo constitucional vigente plantea una interpretación con enfoque de interseccionalidad. En este marco, siguiendo a Cota Bernal (2016), el enfoque interseccional permite estudiar las interdependencias entre diversos factores de opresión y discriminación que en relación a grupos de atención prioritaria o criterios prohibidos de discriminación, limitan o suprimen el ejercicio pleno de derechos y que suelen ser invisibilizados por las autoridades judiciales en sus decisiones.

En merito a la vigencia del patriarcado, agudizado en muchos casos en contextos intraculturales, existen mandatos convencionales que brindan una protección reforzada a mujeres, así como a personas con discapacidad, personas de la tercera edad o niños, en la jurisdicción indígena originaria campesina, entre estas puede destacarse a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 22 establece:

Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas

El segundo párrafo del artículo 22 de esta disposición convencional establece lo siguiente:

Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación

De la misma forma, es importante señalar que el artículo 44 de esta declaración establece lo siguiente:

Todos los derechos y las libertades reconocidas en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y la mujer indígena

Debe recordarse que también el Artículo VII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, establece que las mujeres tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales libres de toda forma de discriminación. Asimismo, esta disposición establece que los Estados adoptarán las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas. Estas disposiciones convencionales fueron también asumidas por el art. 15.II de la Constitución y por los artículos 4 y 5 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Desde esta protección reforzada en contextos intraculturales, la SCP 1422/2012 desarrolló el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la *protección intracultural favorable*, así lo evidencia la ficha que se consigna a continuación.

<p>Resumen del caso</p>	<p>Esta sentencia fue pronunciada dentro de una acción de libertad en la que el accionante solicitó el resguardo de sus derechos, de su esposa e hijos, a la vida e integridad física, psicológica; prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes; derechos al agua y la alimentación; el derecho al trabajo, al comercio; la prohibición de infamia, muerte civil y confinamiento y el derecho al debido proceso, porque la junta vecinal de Poroma, asumió la decisión de expulsar a toda su familia de la comunidad, otorgándoles un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para abandonarla, decisión que fue asumida por los ahora demandados sin que exista un debido proceso y afectando a una mujer y menores de edad, quienes no cometieron ningún acto sancionable.</p>
<p>Precedente SCP 1422/2012</p>	<p>“IV.6. La protección de mujeres y la minoridad en contextos intra-culturales Tal como se señaló en el Fundamento Jurídico VI.5 de la presente Sentencia, el primer elemento del test del paradigma del vivir bien, se refiere a la armonía axiomática a la cual deben adaptarse todas las decisiones emergentes de la jurisdicción indígena originario campesina, en ese orden, considerando que toda decisión emanada de esta jurisdicción, en cuanto a sus fines y medios empleados, debe asegurar la materialización de valores plurales supremos entre los cuales se encuentran la igualdad, solidaridad y la inclusión, en ese orden, al encontrarse las mujeres y la minoridad en condiciones de “vulnerabilidad material” razón por la cual, la doctrina constitucional los considera sectores de atención prioritaria, su protección reforzada, en mérito a la constitución axiomática, debe estar también asegurada en contextos intra e inter culturales, por tanto, el paradigma del vivir bien, en cuanto al análisis del primer elemento del test, implica el ejercicio de un control plural de constitucionalidad reforzado en relación a estos grupos vulnerables. Por lo expresado, en circunstancias en las cuales los actos denunciados como lesivos a derechos de mujeres o la minoridad en contextos intra e inter-culturales, el control plural de constitucionalidad,</p>

	<p>deberá asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada a la luz de una pauta específica de interpretación: la interpretación intra-cultural favorable, progresiva y extensiva para estos sectores, a cuyo efecto, se establece la vigencia del paradigma de la favorabilidad para las mujeres y minoridad, al cual debe armonizarse la cosmovisión de todo pueblo y nación indígena originario campesino. Por lo expresado, se tiene que cualquier decisión de la jurisdicción indígena originaria campesina que plasme medios o fines contrarios a los valores plurales supremos referentes a la igualdad, inclusión, solidaridad u otros y que afecten a estos sectores de protección prioritaria, deberán ser restituidos por el control plural de constitucionalidad, en aplicación del paradigma de favorabilidad para las mujeres y minoridad, en los términos precedentemente expuestos” (sic).</p>
<p>Razón jurídica de la decisión</p>	<p>El Tribunal Constitucional concedió la tutela solicitada y luego de aplicar el paradigma del vivir bien como pauta intercultural de protección y la garantía de protección reforzada a mujeres, niñas, niños y adolescentes en contextos intra-culturales, estableció que la decisión de expulsión a mujeres y niños asumida por la comunidad de Poroma es contraria al paradigma de favorabilidad, que supone el ejercicio de un control plural de constitucionalidad reforzado en relación a esos grupos vulnerables, que asegure la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión.</p>

Otro precedente importante de citar es la SCP 0323/2014 de 9 de febrero, ya que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir del paradigma de favorabilidad concedió una acción de amparo constitucional a una mujer adulta mayor, quien por decisión de la comunidad, por su condición de mujer, fue excluida de la sucesión hereditaria de sus tierras al fallecimiento de su esposo.

Es importante señalar también que el art. 6.1 de la CPE prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad. Normas que además se encuentran en armonía con la protección reforzada de niñas, niños y adolescentes en tratados internacionales referentes a derechos humanos,

como la Convención de Derechos del Niño, Convención para la Eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer “Convención Belem do Para”.

En base a lo señalado, se puede colegir que al interior de las comunidades, todos los sectores en condición de vulnerabilidad, en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos y el precedente en vigor citado, deben ser protegidos de manera prioritaria¹²³.

h. Los métodos dialógicos del derecho para una argumentación jurídica plural

El modelo constitucional vigente, desde los pilares de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, para una construcción plural de derechos, plantea mecanismos del derecho que superan el tradicional método del silogismo jurídico.

Estos mecanismos dialógicos adquieren una gran importancia en un contexto del pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el cual, deben establecerse mecanismos dialógicos que consagren prácticas simétricas de interlegalidad que puedan presentarse entre la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y la jurisdicción indígena originaria campesina. Pero además, estos mecanismos dialógicos tienen la finalidad de construir derechos desde los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas, las mujeres, especialmente la mujer indígena, los colectivos LGBTIQ, y la sociedad civil, para efectos de una real y verdadera democratización de la justicia.

Entre estos mecanismos dialógicos que debe utilizar tanto la justicia constitucional como la jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina y las especializadas, se pueden citar los *diálogos inter jurisdiccionales*, los *diálogos interculturales*, los *peritajes antropológico culturales*, los *amicus curiae*, las *audiencias públicas*, las *veedurías ciudadanas*, entre otros mecanismos dialógicos que deben ser

¹²³ Ver TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*, op. cit. pp. 162-163.

utilizados para una interpretación intercultural de derechos y para la construcción plural de los mismos.

Los diálogos inter jurisdiccionales e inter culturales, como herramienta dialógica del derecho, plantean que las autoridades judiciales, en el marco del principio de igualdad jerárquica y de acuerdo a la vigencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, antes de resolver un caso vinculado con un miembro de un pueblo indígena o con un pueblo indígena, a efecto de interpretar interculturalmente el derecho y superar interpretaciones monoculturales, acudan a la nación o pueblo indígena originario campesino y en el marco de un pluralismo epistémico que plantea la descolonización, comprenda la cosmovisión, normas, principios y valores de la comunidad, de manera directa y no a través de un lenguaje mediado, por esta razón, si bien el peritaje antropológico cultural es una herramienta dialógica importante, empero, ésta debe siempre estar reforzada con diálogos inter jurisdiccionales e interculturales.

Los peritajes antropológico culturales, sin duda son una herramienta importante para la interpretación intercultural del derecho y deben ser aplicados por todas las autoridades judiciales, más aún en casos en los cuales una parte procesal es un miembro de un pueblo indígena o un pueblo indígena, pero además se puede aplicar a casos en los cuales por ejemplo debe realizarse un juzgamiento con perspectiva de género, en el cual, deberán identificarse estereotipos o prejuicios estructurales, los cuales serán esenciales para una interpretación acorde con el principio de igualdad, justicia y verdad material.

Los *amicus curiae* o amigos del tribunal son una herramienta de democratización de la justicia, que no solamente se deben utilizar en procesos constitucionales, sino también en cualquier proceso judicial sustanciado en vía ordinaria o agroambiental. Estas herramientas no son peritajes, sino criterios vertidos ante el tribunal en cualquier materia, por personas naturales o jurídicas que no son parte del proceso, sino que en el marco de una justicia dialógica, exponen posturas teóricas, avances jurisprudenciales, doctrina comparada, etc., para su consideración por las autoridades judiciales. Estas son herramientas de legitimación de decisiones judiciales, sin embargo la autoridad judicial puede o no asumir los contenidos presentados.

Las audiencias públicas y las veedurías ciudadanas, son también otros mecanismos dialógicos esenciales que deben ser aplicados no sólo en procesos constitucionales, sino también en todo tipo de proceso ordinario o agroambiental, ya que el modelo constitucional vigente, a partir de sus principios estructurantes, supera la exclusiva aplicación del método del silogismo jurídico.

i. La reparación integral de daños desde la doctrina de argumentación jurídica plural

En un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, el cumplimiento a las obligaciones internacionales de garantías tiene cuatro escenarios esenciales que deben ser fielmente respetados por el Estado Plurinacional de Bolivia: La prevención, la investigación, la sanción y la reparación de daños de toda vulneración a derechos. En este marco la vulneración de derechos produce un daño que impone al Estado el deber de repararlo integralmente, esta reparación consiste en un conjunto de medidas, pecuniarias y no pecuniarias que tiene como objetivo restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas¹²⁴.

Desde la perspectiva anotada, en cada caso concreto, las autoridades de la jurisdicción ordinaria y agroambiental, deben resolver todos los problemas jurídicos que el caso concreto plantea de acuerdo a una argumentación jurídica plural que en casos difíciles implique una reconstrucción de la premisa normativa o fáctica, tal cual ya se señaló, pero además, las autoridades judiciales, no pueden concluir su labor aplicando la consecuencia prevista en el marco normativo para el caso concreto, sino que además, deben aplicar toda la doctrina de reparación integral de daños desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y asumida por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 0019/2018-S2, reparación que tiene una connotación mayor en casos en los cuales se hayan afectado derechos de grupos de atención prioritaria o se hayan limitado o suprimido derechos en base a criterios prohibidos de discriminación, supuestos en los cuales las medidas de reparación, estarán destinadas a consagrar la igualdad material y tendrán la finalidad de revertir o corregir situaciones de asimetrías para casos futuros.

¹²⁴ Protocolo para juzgar con perspectiva de género, op. cit.

De acuerdo a la SCP 0019/2018-S2, la reparación integral de daños tiene cinco dimensiones concretas: La restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. En este marco, *la restitución*, persigue el restablecimiento de la situación de la víctima al momento anterior a la violación.

La indemnización, pretende la reparación por daños materiales físicos o mentales, gastos incurridos o pérdidas de ingresos, desde esta dimensión, se repara no sólo el daño material, sino también el daño moral o psicológico, el daño familiar y el daño al proyecto de vida.

La rehabilitación, busca la atención psicosocial y médica requerida. Por su parte, *la satisfacción*, pretende el reconocimiento público y simbólico de la vulneración que sufrió la víctima, este reconocimiento está destinado a generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que pudiere haber sufrido por la violación de sus derechos. Estas medidas pueden traducirse por ejemplo en actos públicos de desagravio y disculpas públicas por vulneración a derechos.

Finalmente, *las garantías de no repetición* buscan evitar que se repitan las violaciones, en este marco, buscan mitigar los daños colectivos que puedan presentarse a futuro, por lo que promueven la formulación de políticas públicas o medidas estatales destinadas a corregir la situación identificada que pueda generar más casos de vulneración a derechos.

Como se señaló, el Tribunal Constitucional Plurinacional asumió la doctrina de la reparación integral en la SCP 0019/2018-S2 que es una de sus sentencias más progresistas, en este marco, el máximo contralor de constitucionalidad, de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos desarrolladas en este trabajo, ejerció control de convencionalidad ya que el tenor literal del artículo 39.I del Código Procesal Constitucional, no era armoniosa con los estándares internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollaron toda la doctrina de reparación integral de daños.

En efecto, el artículo 39.I del Código Procesal Constitucional, en su tenor literal establece: “La resolución que conceda la acción, podrá determinar también, la existencia o no de indicios de responsabilidad civil o penal, estimando en el primer supuesto el monto a indemnizar por daños y perjuicios y en el segundo, remitiendo antecedentes al Ministerio Público y a la Procuraduría General del Estado cuando corresponda. A este efecto el Tribunal podrá abrir un término de prueba de hasta diez días, computables a partir de la notificación en la misma audiencia”.

En el marco de un análisis dinámico de línea jurisprudencial¹²⁵, el Tribunal Constitucional estableció que en base a la jurisprudencia y al tenor literal del artículo 39.I del Código Procesal Constitucional “...cuando se declara la vulneración de algún derecho constitucional en acciones tutelares, el derecho a la reparación de las víctimas, únicamente abarcará al daño patrimonial” (Fj III.4). En este marco, considerando que este criterio es restrictivo y no se encuentra en armonía con la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a reparación de daños, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en ejercicio del control de convencionalidad, estableció que “...la reparación debe tener un contenido integral que alcance a mitigar los daños patrimoniales, pero principalmente extrapatrimoniales”, en este contexto, estableció que la reparación de daños comprende las cinco dimensiones antes descritas, en ese marco, en las acciones tutelares en las cuales se conceda la tutela por vulneración de derechos, en etapa de ejecución de fallos, se deberá aplicar toda la doctrina de reparación de daños.

La sentencia citada es sumamente importante, ya que el razonamiento plasmado emerge de un principio esencial de derecho internacional de los derechos humanos: El que limita o suprime un derecho, tiene el deber de reparar, reparación que sin duda debe ser integral. Desde este espectro, se supera la concepción civilista de la reparación de daños, ya que la vulneración de derechos, no se enmarca al concepto de reparación por

¹²⁵ La jurisprudencia anterior a la SCP 0019/2018-S2, estableció los alcances de la calificación de daños y perjuicios, así, mediante el AC 09/00-CDP de 20 de noviembre de 2000, relacionado con la calificación de daños y perjuicios, establece que el contenido del derecho a la reparación debe circunscribirse a lo siguiente: “...1) la pérdida o disminución patrimonial que haya sufrido la parte damnificada como consecuencia del acto ilegal cometido en su contra, 2) los gastos que la recurrente ha tenido que efectuar para lograr la reposición del derecho conculcado...”. De lo que se extrae que la concepción de este derecho desde el desarrollo jurisprudencial, resultaría ser netamente patrimonialista. Al respecto, el AC 0004/2014-CDP de 1 de septiembre, señala: “...descartando así otros aspectos al margen, cuyo reclamo en su caso, corresponderá a otras vías legales, no pudiendo desnaturalizarse la esencia de la justicia constitucional...”.

responsabilidad contractual o extra-contractual por hecho ilícito, sino la reparación se enmarca en el campo de los principios de exigibilidad, inviolabilidad, indivisibilidad e interdependencia de derechos contenidos en el artículo 13.I que son verdaderas pautas constitucionalizadas de interpretación, tal cual ya se fundamentó.

En el orden de ideas expuesto, de acuerdo al modelo constitucional vigente y al amparo de las pautas constitucionalizadas de interpretación, las autoridades judiciales en la jurisdicción ordinaria o agroambiental, no sólo tienen el deber de investigar y sancionar, por lo que su labor no termina con la emisión de una sentencia que establezca la consecuencia jurídica emergente de la subsunción de la premisa fáctica a la premisa normativa, sino que también, para que el Estado Plurinacional de Bolivia cumpla sus obligaciones internacionales de respeto y garantía de buena fe, debe aplicar la doctrina de reparación integral de daños, ya que esta no es únicamente aplicable en acciones tutelares, sino en cualquier proceso judicial en el cual se determine la existencia de derechos fundamentales, más aun, cuando las autoridades judiciales en vía ordinaria o agroambiental, son las primeras garantes de los derechos, por lo que sin duda, en aplicación de todas las pautas constitucionalizadas de interpretación, deben aplicar la doctrina de reparación integral de daños.

5. Esquema argumentativo para su aplicación en decisiones judiciales en materia familiar

En base a todo lo señalado, se ha intentado demostrar la importancia de la argumentación jurídica plural con enfoque diferencial, de género, de interculturalidad e interseccional en el modelo constitucional boliviano y la importante labor que en este modelo argumentativo tienen las y los jueces familiares en las diferentes instancias. En ese sentido, la labor de interpretación y argumentación jurídica plural no es arbitraria, por esta razón, en este punto, se propone una estructura de argumentación jurídica acorde al modelo constitucional vigente.

Esta estructura de argumentación propone cuatro pasos específicos que debiera realizar una autoridad judicial en materia familiar para justificar la *conformidad* de su decisión con el bloque de constitucionalidad. Estos pasos son los siguientes: **i)** La

identificación del problema o problemas jurídicos que plantea el caso concreto; **ii)** la compatibilización de la premisa normativa concebida pluralmente con el bloque de constitucionalidad; **iii)** la valoración compatible de la prueba con el bloque de constitucionalidad y la decisión, que a su vez integra todas las medidas de reparación integral de daños con enfoque intercultural y la medida de la decisión.

5.1. Primer paso: La identificación del problema o problemas jurídicos que plantea el caso concreto

En esta estructura de argumentación jurídica propuesta, la primera labor que debe realizar la autoridad judicial en materia familiar para una coherente argumentación jurídica es la identificación de los hechos, los derechos alegados por las partes procesales, las pretensiones formuladas y los petitorios. A partir de ello, la autoridad judicial deberá precisar con claridad el objeto del proceso, la causa y las personas que intervienen en el litigio, en este caso, deberá identificarse si alguna de las partes procesales está dentro de un grupo de atención prioritaria o si existe algún criterio prohibido de discriminación que deba considerarse en el caso. (Recuérdese que los criterios prohibidos de discriminación están consignados en el artículo 14.II de la Constitución como un catálogo abierto).

Esta identificación es esencial, especialmente para que la autoridad judicial pueda aplicar el enfoque interseccional que ya fue desarrollado y también para que se brinde una tutela reforzada a estas personas en situación de asimetría, en este marco, la identificación de grupos de atención prioritaria o de criterios prohibidos de discriminación, será esencial para aplicar pautas constitucionalizadas de flexibilización procesal a efectos de asegurar una igualdad no formal, sino material.

Posteriormente, la autoridad judicial identificará la norma o normas adjetivas y sustantivas que considera pertinentes para el caso; y también describirá los medios de prueba producidos y el objetivo probatorio de cada uno de ellos.

En base a todos estos elementos, la autoridad judicial definirá si se encuentra frente a un caso *fácil* o *difícil*. Será un caso fácil si los hechos probados se subsumen al marco normativo identificado sin generar ningún conflicto con el bloque de constitucionalidad

o valores o principios plurales que estructuran el modelo constitucional vigente. En este caso la autoridad realizará una justificación de primer orden y aplicará el silogismo jurídico, en virtud del cual subsumirá sus premisas fácticas a la premisa normativa que contenga la norma o normas aplicables al caso y esta subsunción deberá asegurar una coherencia interna de la decisión judicial, es decir una estricta correspondencia entre la premisa normativa, la premisa fáctica y la conclusión.

Por el contrario, será un caso *difícil* si se detecta un problema de compatibilidad con el bloque de constitucionalidad a nivel de premisa normativa o de premisa fáctica, en este marco, la autoridad judicial deberá establecer con claridad los problemas jurídicos que plantea el caso concreto, porque estos serán los puntos cardinales para desarrollar una justificación de las premisas reconstruidas (recuérdese que la premisa reconstruida es el enunciado interpretativo al cual a nivel de premisa normativa o fáctica arriba la autoridad judicial, previa fundamentación o motivación).

De acuerdo a lo señalado, en los casos difíciles, a nivel de premisa normativa, existen cuatro problemas jurídicos específicos:

Los problemas jurídicos de interpretación

Que emergen por criterios de vaguedad o indeterminación de la normas o normas aplicables al caso, en este caso, en base a las pautas constitucionalizadas de interpretación, la autoridad deberá utilizar siempre interpretaciones extensivas y favorables para la máxima eficacia de derechos. Criterio que también es válido para materia penal y administrativa sancionatoria en el marco del principio de favorabilidad.

Los problemas jurídicos por antinomias Cuando existe una contradicción entre norma interna con tratados internacionales referentes a derechos humanos o estándares internacionales de protección a derechos, en este caso, la autoridad judicial debe utilizar el método de aplicación directa del precepto que contenga la interpretación más favorable al derecho que está en discusión.

Los problemas jurídicos ocasionados por la colisión de derechos

Que se presentan cuando dos o más derechos, los cuales desde el modelo constitucional vigente tienen la misma jerarquía, entran en

contradicción, en este caso, la autoridad judicial debe utilizar el método de la ponderación.

Los problemas jurídicos de orden procesal

Son aquellos que establecen presupuestos y requisitos para el desarrollo de ciertos actos procesales o para el análisis de fondo de la problemática. Se presenta un problema de orden procesal cuando el obstáculo procesal, por la gravedad y especificidad del caso, debe ser flexibilizado en aplicación del principio *pro actione* o de prevalencia de la justicia material. En estos casos, la flexibilización puede ser realizada en el caso concreto y en el marco de la carga argumentativa para la autoridad judicial

La premisa fáctica, se formula a partir de los hechos alegados, las pretensiones de las partes, el petitorio, los medios de prueba presentados, y el objeto probatorio de cada uno de los medios probatorios producidos.

En la premisa fáctica puede presentarse problemas vinculados con la prevalencia de la justicia y verdad material en la valoración de los hechos o en la aplicación de un sistema probatorio, a cuyo efecto, desde las pautas constitucionalizadas de interpretación, las autoridades judiciales podrán realizar flexibilizaciones procesales o aplicar criterios interpretativos destinados a consagrar la verdad material, la justicia material y la igualdad material, en el marco de una motivación acorde con las reglas del debido proceso sustantivo.

Con la finalidad de aclarar los postulados teóricos brindados, se formularán ahora dos ejemplos que evidencien los problemas jurídicos antes descritos a nivel de premisa normativa; y luego, se formulará un tercer caso que ejemplifique un problema jurídico a nivel de premisa fáctica.

Primer caso.- Periquito de los Palotes, luego de una convivencia por más de diez años con su pareja Juancito Tasca, decide separarse de él, a los tres meses de la separación le detectan un cáncer que generó metástasis en el hígado, por lo que debe someterse a una cirugía inmediata y un tratamiento médico post-operatorio. Asesorado por su abogado, por su situación de enfermedad, demanda a su ex cónyuge y pide que se fije asistencia familiar a su favor en aplicación del artículo 215 del Código de las Familias y del Proceso Familiar. En el decurso del proceso de asistencia familiar, Juancito Tasca, afirma que no está obligado a brindar asistencia familiar porque el artículo 63 de la Constitución solamente protege el matrimonio o la unión conyugal

libre o de hecho en relación a parejas heterosexuales y no a parejas del mismo sexo, por lo que si bien convivieron con el demandante por más de diez años, la legislación no lo obliga a prestar asistencia familiar a su ex pareja.

En este primer caso, la jueza o el juez público en materia familiar que conozca el caso deberá seguir los presupuestos establecidos en este primer paso de la estructura de argumentación jurídica propuesta. En este marco, deberá identificar los hechos, los derechos alegados, las pretensiones y los petitorios, para luego delimitar el objeto del proceso, la causa del proceso, y la existencia o inexistencia de grupos de atención prioritaria o criterios prohibidos de discriminación. Esta formulación en el caso planteado podría traducirse de la siguiente forma:

- El objeto del proceso es la petición de asistencia familiar de una persona que se encuentra en situación de enfermedad a su ex cónyuge del mismo sexo.
- La causa de la petición de asistencia familiar es la enfermedad que padece Periquito de los Palotes.
- Periquito de los palotes es una persona que por su situación de enfermedad se encuentra en un grupo de atención prioritaria, pero además el caso está vinculado a un criterio prohibido de discriminación: La orientación sexual.
-

Además, en base a lo alegado y peticionado por las partes, *prima facie* se identifica como normas aplicables el artículo 63 de la Constitución y el art. 215 del Código de las Familias y de proceso familiar.

- El artículo 215 de dicho código establece en su primer párrafo: “Si uno de los cónyuges no tiene medios suficientes por estar en situación de salud grave o muy grave, la autoridad judicial le fijará la asistencia familiar en las condiciones previstas por el Artículo 116 del presente Código” (El artículo 116 establece las condiciones y el procedimiento para la fijación de asistencia familiar).
- El artículo 63 de la Constitución en su primer párrafo señala: “El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”. El segundo párrafo señala:

“Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas”.

Ahora bien, si el artículo 215 del Código de las Familias y del Proceso Familiar se interpreta a la luz del artículo 63 de la Constitución, *prima facie* se establecería que la asistencia familiar para ex cónyuges en situación de enfermedad, sólo procedería entre parejas constituidas por hombres y mujeres y no así entre parejas del mismo sexo, por lo que aparentemente los hechos del caso no se subsumen a la norma, lo que generaría desde una justificación de primer orden la denegatoria de la asistencia familiar porque el peticionante la solicita a su ex pareja del mismo sexo. Sin embargo, esta justificación de primer orden, aparentemente coherente con el marco normativo identificado, no cumple con los requisitos de una justificación de segundo orden o sustantiva, ya que el negar la asistencia familiar a una persona en situación de enfermedad por su orientación sexual, sería contrario al artículo 14.II de la Constitución que prohíbe toda discriminación o trato diferenciado basado en orientación sexual que limite o suprima el ejercicio de derechos y sería contrario a la progresividad de la garantía de prohibición de discriminación por orientación sexual que existe en el derecho internacional de los derechos humanos.

En base a lo señalado, este primer caso planteado, no es un caso fácil, sino es un caso difícil. Ahora bien, el problema jurídico que presenta, no está a nivel de la premisa fáctica, ya que Periquito de los Palotes y Juancito Tasca coinciden en el hecho de haber sido pareja estable por más de diez años. Entonces, en este caso, existe un problema a nivel de premisa normativa, por lo que la autoridad judicial, deberá realizar una reconstrucción de la misma, es decir, deberá formular un enunciado normativo que a partir de una coherente fundamentación basada en todas las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en la segunda unidad, sea compatible con el bloque de constitucionalidad.

En este caso, considerando que la reconstrucción debe ser realizada a nivel de premisa normativa, se evidencia un problema jurídico de colisión de normas, por lo que el método a ser utilizado no es el de la ponderación, sino el de la aplicación directa del tratado

internacional en derechos humanos o estándar que sea más favorable y progresivo en este caso a la protección jurídica sin discriminación a parejas del mismo sexo. Sin duda, el método de aplicación directa y favorable de derechos es el sustento del ejercicio del control de convencionalidad, tal cual se explicó en este texto.

Ahora, se brindará un segundo ejemplo que nos ayude a identificar problemas jurídicos vinculados con colisión de derechos en los llamados casos difíciles.

Segundo caso.- María Torrez y Luis Ponce, procrearon a tres niñas A.X., A.Z. y A.T. Por la difícil convivencia, la madre de las niñas tuvo que abandonar su hogar, quedando Luis Ponce al cuidado de las tres pequeñas de 8, 10 y 12 años. El padre de las niñas, inició demanda de asistencia familiar a María Torrez, la cual fue declarada probada, por lo que la autoridad judicial estableció una asistencia familiar mensual de 300 bs. por niña. María Torrez, durante más de un año estuvo prácticamente en situación de calle al no poder conseguir trabajo, por lo que no pudo cumplir con la asistencia familiar fijada. A los dos años de haber dejado su hogar, fruto de una relación con Celestino Loza, se embaraza nuevamente, pero su nueva pareja la abandona al enterarse de la concepción.

Luis Ponce, luego de advertir el nuevo embarazo de María Torrez, solicita al juez en materia familiar que fijó la asistencia familiar para sus tres hijas, proceder a la liquidación de la misma, luego, al no ser cancelada pidió se expida el mandamiento de apremio de conformidad con lo establecido por 127 del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

María Torrez, al octavo mes de embarazo, fue internada en un hospital público por complicaciones en su embarazo. Una vez dada de alta, en la puerta del hospital, se ejecutó el mandamiento de apremio expedido por la autoridad judicial que fijó la asistencia familiar a favor de las tres niñas.

María Torrez, al mes de estar privada de libertad por no cumplir con la asistencia familiar a sus tres niñas, dio a luz un bebé de nombre PP, quien acompaña a su madre en la privación temporal de libertad, en aplicación del artículo 127 del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

Como puede advertirse, el caso planteado, genera un problema de colisión de derechos de personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria. En este marco, las tres niñas, que merecen una protección reforzada del Estado y que tienen derecho a una asistencia familiar; y por otro lado, el bebé recién nacido, que también merece una protección reforzada, por lo que permanecer junto a su madre privada de libertad temporalmente en aplicación del artículo 127.I del Código de las Familias y del Proceso Familiar, por las condiciones carcelarias precarias, podría poner en riesgo su vida e integridad física.

Lo expresado, implica que el caso planteado, no es un *caso fácil*, ya que la subsunción de hechos al artículo 127.I del Código de Familias, es decir la procedencia del apremio por falta de cumplimiento de la asistencia familiar, en el caso concreto, pone en riesgo los derechos de un niño recién nacido que también está dentro de un grupo de atención prioritaria.

En base a lo expresado, el caso presenta un problema de colisión de derechos, por lo que el método utilizado debe ser la *ponderación*, en este marco, la autoridad judicial, deberá realizar una reconstrucción de la premisa normativa que sea armónica al bloque de constitucionalidad en tanto y cuanto cumpla criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad.

En base a lo señalado, para efectos de ejemplificar este esquema argumentativo propuesto, se sugiere la formulación del siguiente enunciado interpretativo:

Cuando la obligada a cumplir la asistencia familiar sea una mujer embarazada o esté a cargo de otro hijo o hija que también merezca protección reforzada, no procederá el apremio en los términos del artículo 127 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, sino más bien, la autoridad judicial, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, deberá aplicar un modo alternativo de suministro de asistencia familiar de acuerdo a lo establecido en el artículo 119 del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

Una vez formulado el enunciado interpretativo, éste deberá ser sometido a la justificación, que será explicada en el segundo paso de este esquema argumentativo propuesto.

5.2. Segundo paso: Justificación de compatibilidad con el bloque de constitucionalidad de la premisa normativa reconstruida

En este paso, la autoridad judicial deberá presentar argumentos que sustentan el enunciado normativo formulado. En este sentido y de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, si el problema jurídico se presenta a nivel de premisa normativa, en esta parte

deberá desarrollar argumentación coherente con pautas constitucionalizadas de interpretación que sustenten la fundamentación de su resolución (Recuérdese que la fundamentación plasma la justificación de la decisión a nivel de premisa normativa).

Por el contrario, si el problema se presenta a nivel de premisa fáctica, la autoridad judicial deberá desarrollar una coherente argumentación, también desde las pautas constitucionalizadas de interpretación, especialmente desde los principios de verdad material y de prevalencia de la justicia material, para así cumplir con el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales (Recuérdese que la motivación debe consignar la justificación de la decisión judicial a nivel de premisa fáctica).

En este segundo paso del esquema argumentativo expuesto, la autoridad judicial deberá utilizar de acuerdo al caso todas las pautas y herramientas de argumentación desarrolladas, entre ellas la doctrina del bloque de constitucionalidad (Art. 410 CPE), el principio de progresividad y no regresividad de derechos, así como la interpretación evolutiva (Art. 13.I de la CPE), el ejercicio del control de convencionalidad (Art. 13.IV), la aplicación directa y preferente de derechos (Art. 109.I de la Constitución); el principio de favorabilidad (Art. 256 de la CPE) a la luz de los principios pro persona, pro libertad, favorabilidad a los grupos de atención prioritaria, pro justicia social, pro pueblos indígenas, ó, pro natura, entre otros (Arts. 14.II de la CPE y 29 de la CADH).

En la justificación, la autoridad judicial deberá además realizar su justificación, si fuera pertinente, a través de los principios *iura novit curia*, la reconducción procesal, inviolabilidad de los derechos, interdependencia e indivisibilidad de los derechos, etc.

Además, tal como se explicó, si el caso versa sobre una persona que sea indígena o sobre derechos de pueblos indígenas deberá realizar una interpretación intercultural del derecho concebido pluralmente, tal cual se explicó en este trabajo, en este marco, deberá considerar las prescripciones de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT y debe considerar la vigencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario.

También en este segundo paso, en el marco del modelo constitucional vigente y de acuerdo a todo lo desarrollado en este texto, la autoridad judicial deberá justificar los

hilos argumentativos de una construcción plural de derechos, por ejemplo podrá aplicar el paradigma del vivir bien (SCPs 1422/2012, 0778/2014, 481/2019-S2) y considerar principios y valores de orden plural (Como lo hizo la SCP 2007/2013).

Asimismo, en el marco de un modelo dialógico de justicia, en este segundo paso la justificación de la autoridad judicial podrá ser realizada a la luz de herramientas dialógicas que hayan sido utilizadas en el proceso, como diálogos inter jurisdiccionales o inter culturales, *amicus curiae*, audiencias públicas, reportes de las veedurías ciudadanas, peritajes antropológico culturales, etc.

De la misma forma, si se identificó un grupo de atención prioritaria o si el caso está vinculado con un criterio prohibido de discriminación o una categoría sospechosa, la autoridad judicial debe realizar una labor interpretativa que proteja de manera reforzada y prioritaria a estas personas o grupos. Asimismo, su justificación deberá comprender el enfoque interseccional que fue desarrollado en este trabajo.

En este segundo paso, la autoridad judicial deberá también brindar argumentos de doctrina, de análisis comparado de derecho, y argumentos jurisprudenciales, para este efecto, debe realizar un análisis dinámico de línea jurisprudencial vinculado al problema que deba resolver y luego, identificar el estándar jurisprudencial más alto que será fuente directa de derecho y que tal como se señaló en este trabajo, genera efecto vinculante para la autoridad judicial, no en base a criterios de temporalidad, sino de acuerdo a criterios de favorabilidad (SCPs 0846/2012, 2233/2013 y 0019/2018-S2).

De la misma forma, en este segundo paso, para efectos de justificación, es decir de fundamentación de la premisa normativa, la autoridad judicial deberá -en el marco de los principios de progresividad y prohibición de regresividad y de acuerdo a la interpretación evolutiva-, identificar los avances interpretativos del derecho en cuestión en el derecho internacional de los derechos humanos, y en el avance de las sociedades.

Para el efecto antes anotado, la autoridad judicial no sólo debe realizar su labor de rastillaje de progresividad en tratados internacionales de derechos humanos, ya que estos no son instrumentos estáticos tal como se señaló, sino también en los estándares

internacionales de protección a derechos, que contemplan reglas, principios y jurisprudencia, opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o las Observaciones Generales de los órganos supra estatales del Sistema Universal de Protección a Derechos, entre otros.

Además, es importante señalar que en casos en los cuales el problema jurídico verse sobre una colisión de derechos, en este segundo paso, la autoridad judicial debe desplegar argumentos ponderativos, para lo cual, debe utilizar el *test de proporcionalidad*, el cual es una herramienta argumentativa para justificar la prevalencia en el caso concreto en relación a otro derecho, pero de una manera tal que no suprima o limite arbitrariamente el otro u otros derechos en colisión. Este test, de acuerdo a la SCP 0025/2018-S2, tiene los siguientes niveles:

Primer nivel de análisis.- La autoridad judicial debe justificar si la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es idónea o adecuada para la finalidad buscada con la misma.

Segundo nivel de análisis.- La autoridad judicial debe justificar si la medida limitativa o restrictiva es necesaria, y si acaso, existen otras menos graves, que restrinjan en menor grado el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida.

Tercer nivel de análisis.- La autoridad judicial debe justificar la *proporcionalidad en sentido estricto* de la prevalencia de un derecho en relación a otro u otros, en este caso, debe justificar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Ahora bien, en cuanto al primer caso brindado como ejemplo, en este segundo paso de la estructura de argumentación propuesta, la autoridad judicial, deberá realizar el despliegue justificativo para justificar el enunciado interpretativo formulado en el primer paso.

En base a lo señalado, al versar el problema jurídico en una aparente antinomia de norma interna con estándares internacionales de protección a derechos humanos; y

también sobre una aparente antinomia entre una norma constitucional (63) con otro mandato constitucional (Art. 14.II que prohíbe un trato diferenciado arbitrario por orientación sexual), la autoridad judicial, sin duda no puede justificar su decisión en el método de la subsunción, sino debe identificar el estándar más favorable y utilizar el método de aplicación directa y favorable en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en este trabajo (Arts. 410, 13.I, 14.II, 109.1 y 256 de la CPE).

En un análisis dinámico y evolutivo de la garantía de prohibición de discriminación por orientación sexual, en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos, en el marco del rol contencioso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene dos estándares esenciales emergentes de los casos *Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, los cuales prohíben a los Estados miembros del Sistema realizar cualquier trato diferenciado arbitrario por orientación sexual.

Asimismo, en su rol interpretativo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido la Opinión Consultiva 24/2017, la cual estableció que los derechos a la identidad de género y la protección jurídica a parejas del mismo sexo, se encuentran protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y deben ser ejercidos sin discriminación. Además, deben considerarse los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la identidad de género adoptada en 2007 y que en el marco de los principios y la costumbre internacional es fuente directa de derecho, por lo que sin duda, de acuerdo a la SCP 0061/2010-R, es un parámetro interpretativo para las autoridades judiciales.

En base a los estándares precisados, la autoridad judicial deberá ejercer control de convencionalidad, y por ende su fundamentación deberá basarse en los avances y progresos del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a protección igualitaria a parejas del mismo sexo, aspectos que justificarán el enunciado interpretativo formulado y que constituirán los elementos esenciales para analizar el requisito de fundamentación de una decisión judicial en los términos de un debido proceso sustantivo.

En el segundo caso propuesto, considerando que el problema jurídico versa sobre una colisión de derechos, sin duda, la justificación del resultado enunciativo formulado por la autoridad judicial, debe ser sometido a una justificación en los tres niveles del test de proporcionalidad descritos precedentemente. La utilización de este test será esencial para sustentar una coherente fundamentación de la decisión judicial.

5.3. Tercer paso: La valoración compatible de la prueba con el bloque de constitucionalidad

La Constitución Política del Estado asume una concepción cognitivista de la prueba, es decir, la concibe como un instrumento de conocimiento, como la actividad destinada a conocer la verdad material de los hechos controvertidos. Desde esta visión, Gascón Abellán y García Figueroa (2005), afirman que “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” (p. 365).

En base a lo señalado, la actividad probatoria está encaminada a consagrar la verdad material de los hechos y la autoridad judicial, más allá de la prueba producida por las partes, al amparo del principio de verdad material consagrado en el artículo 180 de la Constitución, que como se señaló es una pauta constitucionalizada de interpretación, debe adoptar las medidas probatorias necesarias, aún cuando estas no hayan sido propuestas, máxime cuando los derechos son inviolables y ameritan la aplicación del principio *iura novit curia*, tal cual ya se desarrolló en este trabajo.

Considerando que el tercer paso de la actividad argumentativa de las autoridades judiciales es la valoración probatoria en el marco del principio de verdad material, este principio sin duda debe irradiar de contenido a los sistemas de valoración de pruebas consignados en la normativa procesal civil, penal, laboral, familiar, etc.. Desde esta perspectiva los tres sistemas probatorios vigentes, es decir el de la tasa legal, el de pruebas libres o de libre convicción y de la sana crítica, los cuales deben ser aplicados por las autoridades judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad con el principio de verdad material consignado en el artículo 180 de la Constitución, que tal como se señaló en la anterior unidad, es una pauta esencial para la interpretación judicial.

En base a lo señalado, con la finalidad de brindarle a los sistemas probatorios un sentido conforme al principio de verdad material, el cual a su vez es interdependiente de los principios de prevalencia de la justicia material, *iura novit curia*, inviolabilidad e irrenunciabilidad de los derechos, en el siguiente cuadro, de manera suscitan se recordará los alcances de cada sistema.

Sistema de pruebas legales o tasadas

En este sistema, tal como precisa Couture, la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a un determinado medio probatorio. Como puede advertirse este es un mecanismo probatorio basado en la verdad formal, el cual, en casos difíciles en los cuales se identifique un problema jurídico a nivel de premisa fáctica, debe aplicarse directamente el principio constitucional de verdad material.

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. 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”. 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.

De acuerdo al modelo constitucional vigente, esta razonabilidad está vinculada con las pautas constitucionalizadas de interpretación y en particular con el principio de verdad material

Además y al margen de lo señalado, en este trabajo es importante realizar una reflexión especial en cuanto a la valoración de la prueba en materia penal, en este marco, debe señalarse que el artículo 173 del Código de Procedimiento Penal asume el sistema de la sana crítica tal como lo estableció la SC 1480/2005-R¹²⁶. Este entendimiento jurisprudencial, en el marco de un análisis dinámico y sistémico de líneas jurisprudenciales, debe ser aplicado en coherencia con el principio de verdad material. Razonamiento que también se encuentra contenido en la SCP 0238/2018-S2, que estableció que en materia penal rige el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, por el cual el juez tiene libertad de convencimiento limitado por las reglas de la lógica psicológica y experiencia común, la obligación de motivar las razones de su convencimiento, y los principios fundamentales de verdad material, por el cual el juez debe encontrar 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 que las partes accedan a una justicia material, eficaz y eficiente, procurando que el derecho sustantivo prevalezca.

En materia familiar y en las demás materias que de manera supletoria utilizan la técnica del reenvío a la normativa civil, rige el principio de tasa legal, el de la libre apreciación de la prueba y de la sana crítica. En efecto, el art. 1286 del Código Civil establece lo siguiente: “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 un 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”.

Al margen de esta prescripción, el artículo 145 del Código Procesal Civil en actual vigencia, consagra el sistema de la sana crítica, en este marco señala: “I. La autoridad

¹²⁶ Esta disposición de manera expresa señala lo siguiente: 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”.

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”.

Desde el modelo argumentativo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, el último párrafo del numeral III es esencial, ya que vincula la actividad probatoria, a una valoración de prueba con enfoque intercultural y también enmarcada a los principios de verdad material consagrado en el art. 180 de la Constitución, así como a los otros principios como el de la prevalencia de la justicia material, el iura novit curia o el de inviolabilidad de los derechos, consagrados en el art. 13.I de la Constitución.

En base a lo señalado, en cuanto a la aplicación del principio de verdad material más allá del sistema de la tasa legal, los estándares jurisprudenciales más altos se encuentran en las SSCPPs 1631/2013 y 1662/2012, cuyas fichas jurisprudenciales fueron expuestas en la segunda unidad de este texto.

Por lo afirmado, en esta tercera parte del camino argumentativo que deberá realizar la autoridad judicial, en caso de haberse identificado un problema jurídico a nivel de premisa fáctica, la autoridad deberá justificar los hechos que se tendrán por probados o improbados desde el principio de verdad material, para lo cual deberá justificar las razones por las cuales flexibilizará en el caso concreto el sistema de la tasa legal o los argumentos de razonabilidad basados en la prevalencia de la verdad material o la justicia material, principios que respaldan un debido proceso sustantivo.

5.4. Cuarto paso: Decisión

En este paso, en casos complejos, luego de la debida fundamentación (justificación de la premisa normativa reconstruida) y la coherente motivación (justificación de la

premisa fáctica reconstruida), la autoridad judicial debe recién subsumir la premisa fáctica a la premisa normativa, aplicando aplicar el silogismo jurídico para brindar una coherencia interna a la decisión judicial; decidiendo la consecuencia jurídica emergente de esta labor de subsunción.

La decisión en coherencia con el modelo argumentativo vigente tiene dos elementos esenciales: **a)** La reparación integral de daños con enfoque intercultural; y, **b)** La definición de la medida de la decisión.

En efecto y tal cual se desarrolló en este trabajo, la reparación integral de daños, en sus cinco elementos (restitución, resarcimiento, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), no sólo es aplicable en acciones tutelares, sino al emerger de un principio esencial de derecho internacional de los derechos humanos, debe también ser aplicada por las autoridades judiciales cuando evidencien vulneración de derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, con mayor razón es aplicable esta doctrina en casos en los cuales se vulneren derechos de grupos de atención prioritaria o se haya generado un trato diferenciado arbitrario en razón a un criterio prohibido de discriminación.

Desde el enfoque señalado, es importante que las autoridades judiciales apliquen el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en este marco, en virtud a un adecuado juzgamiento con perspectiva de género, se establece que para efectos de reparación de daños, la autoridad jurisdiccional debe formular las siguientes preguntas: 1) ¿La resolución del caso promueve la eliminación de estereotipos y es valiosa en el marco de la igualdad y no discriminación?, 2) ¿Qué medidas de reparación pueden ser adoptadas para revertir las asimetrías de poder y la desigualdad estructural?, 3) ¿La medida de reparación del daño se base en una concepción sexista o estereotipada de la persona?¹²⁷. Estas preguntas son esenciales especialmente para adoptar las garantías de no repetición, en este marco, una vez identificados estereotipos, por ejemplo en razón a género, la autoridad judicial puede ordenar se asuman medidas destinadas a generar cambios en las

¹²⁷ Protocolo para juzgar con perspectiva de género, op. cit.

políticas y medidas públicas e incluso a debatir sobre importantes reformas normativas en aras de una eficacia máxima de los derechos.

En base a lo señalado, será también importante que la autoridad judicial en la parte de su decisión establezca con claridad *la medida de su decisión* esto para generar un eficaz acceso a la justicia, considerando que tal como lo estableció la SCP 37/2013, el derecho al acceso a la justicia no se tiene cumplido con la emisión de una decisión judicial final, sino también con la posibilidad de ejecutarla, en este contexto, para efectos de una eficaz ejecución de decisiones judiciales es importante que la autoridad establezca la medida de la decisión, es decir los alcances de la misma.

Los criterios que debe contener este requisito de la medida de la decisión, fueron desarrollados en la SCP 0015/2018-S2, los cuales son también aplicables en decisiones de la jurisdicción ordinaria.

6. Propuesta de estructura de las decisiones judiciales a la luz del modelo argumentativo vigente

En base a lo señalado, desde el modelo argumentativo vigente que -como se fundamentó en este trabajo- tiene sustento en el modelo constitucional vigente que postula un Estado Constitucional Plurinacional de derecho, es evidente que las autoridades judiciales tienen un amplio rol interpretativo y argumentativo especialmente en los casos difíciles, en el cual deben realizar una argumentación jurídica plural de segundo orden o sustantiva para una verdadera *conformidad* con el bloque de constitucionalidad. En este marco, sin duda, la tradicional estructura de las decisiones judiciales debe ser superada, por lo que, en coherencia con el esquema argumentativo propuesto, se sugiere que las autoridades judiciales adopten la siguiente estructura de decisiones judiciales:

Parte expositiva

En esta parte, la autoridad judicial debe precisar los hechos alegados por las partes, sus pretensiones, sus petitorios, los medios de prueba aportados, el objeto probatorio de cada medio aportado y el marco normativo que debería ser aplicado



Parte delimitativa

En estricta coherencia con la parte expositiva, la autoridad judicial deberá identificar el objeto, la causa y las partes, en este marco, deberá identificar si existen grupos de atención prioritaria o si el caso está vinculado con un criterio prohibido de discriminación a efectos de la aplicación de un enfoque diferencial reforzado o un enfoque interseccional



Identificación de la necesidad de reconstrucción de premisas

En esta parte de la decisión, la autoridad judicial deberá establecer si está frente a un caso fácil o a un caso complejo que amerite reconstrucción de premisas, es decir una labor de justificación material y de interpretación jurídica.
Si es un caso fácil, deberá realizar una argumentación de primer orden, es decir subsumir los hechos probados a la normativa aplicable.
Si es un caso difícil, deberá realizar una justificación de segundo orden o sustantiva en aras de una argumentación jurídica plural acorde con el bloque de constitucionalidad



Fundamentación jurídica a partir de la identificación de problemas jurídicos

Si la autoridad judicial identifica una incompatibilidad con el bloque de constitucionalidad a nivel de premisa normativa, será esencial que identifique si el caso plantea un problema jurídico de interpretación, de antinomia, de colisión de derechos, o, si se trata de un problema de orden procesal. También identificará si el problema jurídico se presenta a nivel de premisa fáctica a efectos de aplicar el principio de verdad material o el de prevalencia de la justicia material



Formulación del enunciado interpretativo

En este punto, la autoridad judicial deberá realizar la reconstrucción de la premisa normativa, de la premisa fáctica o ambas, si es que se presentan problemas jurídicos a nivel de premisa normativa y fáctica



Justificación de la premisa normativa (fundamentación de la resolución judicial)

La autoridad judicial deberá justificar el enunciado interpretativo a partir de principios y valores plurales,

argumentos de doctrina, jurisprudencia, etc. Además deberá utilizar los métodos de aplicación directa o ponderación según sea el caso. Y también deberá considerar las herramientas dialógicas del derecho que hayan sido utilizadas en el proceso, por ejemplo los diálogos interjurisdiccionales, los diálogos interculturales, los amicus curiae, las audiencias públicas, los peritajes antropológico culturales, etc.



Justificación de la premisa fáctica (Motivación de la resolución judicial)

La autoridad judicial deberá valorar los hechos y las pruebas aportadas desde el principio de verdad material y también desde el principio de prevalencia de la justicia material. En este punto deberá interpretar los sistemas de valoración de prueba a la luz de los citados principios y en el marco de los precedentes en vigor desarrollados en este trabajo



Decisión

Finalmente, la autoridad judicial deberá aplicar el silogismo jurídico para una coherencia interna de la decisión judicial, en este marco la decisión debe tener estricta correspondencia entre la premisa normativa reconstruida y la premisa fáctica que también puede estar reconstruida si el problema jurídico se presentó a este nivel.

Luego de aplicar el silogismo jurídico, la autoridad judicial debe también aplicar toda la doctrina de reparación integral de daños con enfoque intercultural en los términos expuestos y debe exponer con claridad la medida de su decisión para una eficaz ejecución de la decisión.

En base a lo señalado, se puede advertir que en la estructura de las decisiones judiciales, es pertinente suprimir los tradicionales “considerandos” por la parte de “Fundamentación jurídica” y la parte de “Motivación de la decisión”, especialmente en casos difíciles, en este marco, la primera parte contendrá la reconstrucción de la premisa normativa y la segunda la reconstrucción de la premisa fáctica desde el caso concreto.

Es importante señalar también que la estructura propuesta es apta para todo tipo de decisiones, por lo que su utilización es viable en aquellos casos en los cuales las autoridades judiciales deben resolver los problemas que se planteen en audiencia, pero con la seguridad de que sus decisiones estarán en conformidad con el bloque de constitucionalidad.

MÓDULO VI

APLICACIÓN DEL ESQUEMA ARGUMENTATIVO A UN CASO EMBLEMÁTICO EN MATERIA FAMILIAR

1. Descripción del caso y consigna para el análisis

Análisis de caso

1. Relato de hechos y contenido de la demanda

Egberta es una mujer que tuvo su hijo a sus 25 años, cuando era estudiante. Ella muy ilusionada comunicó su embarazo a su pareja, Perico de los Palotes, un abogado muy prestigioso que trabajaba en el ámbito de los derechos humanos; sin embargo, al conocer su embarazo, le señaló que tenía mucho trabajo y que pronto la buscaría, promesa que no fue cumplida.

Luego de un embarazo de alto riesgo, el 10 de enero de 2009, nació Carlitos de manera prematura y con sufrimiento fetal. El médico comunicó a Egberta que tenía un grado de discapacidad y que requería atención especializada. Después de la noticia, la madre sufrió una fuerte depresión post parto y tuvo que hacerse cargo sola de su niño, ya que al ser migrante su familia se encontraba en el área rural y el padre del niño nunca más contestó sus llamadas telefónicas.

El cuidado de Carlitos requería una atención diaria, medicamentos específicos que en muchos casos no eran cubiertos por el sistema público de salud, por esta razón, Egberta dejó sus estudios universitarios y tuvo que dedicarse al cuidado exclusivo de su hijo, además, para su sustento, consiguió trabajos eventuales, muchas veces de cuidado nocturno a personas adultas mayores, para así poder dedicarse a su hijo durante el día.

Hasta sus seis años, Carlitos sufría episodios de pánico y un cuadro agudo de depresión. En una ocasión, en su entrevista con el psicólogo del Hospital del Niño, contó que sus vecinos le decían que era tonto, que por esa razón no tenía papá y que su padre lo había abandonado porque no era un niño normal.

Contó también que una sola vez conoció a su papá, pero que luego, nunca más lo buscó ni lo llamó. Un día lo vio en la televisión y con orgullo puso a la vecina que lo cuidaba frente al televisor para que lo vea, ella le respondió que

ese tipo de hombres hablan de derechos en la televisión y se olvidan de sus hijos y que no merecía que le tenga ningún cariño porque se había olvidado de él. El informe psicológico que fue emitido, estableció que Carlitos siente que la ausencia de su papá era su culpa, por no ser un niño igual a los demás.

Perico de los Palotes, el padre de Carlitos, tuvo otro hijo, Jaimito, a quien, desde sus cinco años le presta asistencia familiar porque su madre lo demandó judicialmente para este efecto. La madre de Carlitos nunca lo hizo porque siempre consideró que era un hombre poderoso en el ámbito jurídico y que era humillante para ella mendigar una asistencia familiar para su hijo.

Frente a la situación de desventaja económica de Egberta, la clínica jurídica Yachaywasi decidió asumir su defensa como un caso de litigio estratégico y con su consentimiento informado se interpuso demanda de asistencia familiar y también se pidió que en ejercicio del control de convencionalidad se aplique la reparación integral de daños desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por las siguientes razones:

- 1)** Porque si bien la asistencia familiar se computará desde la notificación con la demanda tal como establece la normativa vigente, la jurisdicción familiar no puede desconocer la violación de derechos fundamentales a Carlitos y a su madre por el abandono y omisión de protección por más de doce años, por lo que al margen de la asistencia familiar debe aplicarse la reparación integral de daños en los términos establecidos por los estándares más altos de protección emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2)** En el caso de Carlitos, la autoridad judicial, para efectos de analizar la vulneración de sus derechos, debe aplicar un enfoque de interseccionalidad, ya que se trata de un niño con discapacidad, en situación de desventaja económica y que por su situación necesita una protección reforzada para el ejercicio pleno de sus derechos.
- 3)** La demanda establece también que para la reparación integral de daños debe considerarse un trato discriminatorio hacia Carlitos, porque Perico de los Palotes desde hace siete años brinda asistencia

familiar y el trato de hijo a Jaimito, en cambio, nunca ha brindado protección, asistencia ni visitas a Carlitos.

- 4) La demanda establece que Perico de los Palotes, vulneró los derechos a la integridad física y emocional de Carlitos, a una familia, a una protección reforzada y a una vida digna y sin discriminación.
- 5) La demanda establece también que la jurisdicción familiar debe aplicar un enfoque de género desde el cual, debe valorar la vulneración al derecho a la igualdad en cuanto a Egberta, ya que de acuerdo a la normativa interna e internacional los deberes y cargas familiares corresponden en igualdad de condiciones tanto al padre como a la madre, sin embargo, el abandono de Carlitos generó un impacto diferencial ya que ella tuvo que abandonar sus estudios, asumir toda la responsabilidad tanto económica como de cuidado. En esta línea, la demanda pide que se repare integralmente los daños y que se aplique el art. 338 de la Constitución para que así se reconozca el valor económico del trabajo del hogar, el cual no debe sólo ser cuantificado en las cuentas públicas, sino también en la reparación integral de daños cuando el cuidado de un hijo recae únicamente en la mujer.
- 6) La demanda señala también que la indemnización debe contemplar los gastos de alimentación y los gastos médicos de Carlitos de Los Palotes.
- 7) La demanda señala también que la normativa familiar al establecer que la asistencia familiar debe ser cumplida desde la notificación con la asistencia familiar genera una discriminación indirecta que debe ser superada desde los enfoques de género, diferencial e interseccional.

Por su parte, Perico de los Palotes afirma que no se puede establecer la reparación integral de daños por no estar prevista expresamente por la normativa familiar, por lo que la jurisdicción no tendría competencia para resolver esta petición hasta que no exista una reforma normativa, por lo que

pide que se desestime esta pretensión ilegal contenida en la demanda de asistencia familiar y que únicamente se analice el pedido vinculado a la asistencia familiar.

En la demanda, se presenta un reporte del Servicio de Impuestos Nacionales SIN, que acredita un promedio de sesenta mil dólares americanos mensuales por honorarios profesionales en el ámbito de la abogacía; también se acredita la decisión judicial que establece el pago de bs. 1.500 de asistencia familiar a favor del menor Jaimito de los Palotes. También se presentó un peritaje que acreditan el pago de medicamentos y asistencia médica por un valor de doscientos mil bolivianos. Se acreditó también el pago mensual de alquileres por doce años en un promedio de bs. 1000. También se acreditó el pago de la escuela especializada durante seis años equivalentes a seiscientos bolivianos mensuales. Asimismo, se presentó informe bio-psico-social que establece daño emocional de Carlitos como consecuencia del abandono de su padre y por la discriminación que sufre por su discapacidad.

La sentencia judicial de primera instancia que será abordada, deberá seguir el esquema de argumentación desarrollado en las unidades de trabajo, para así cumplir con criterios de fundamentación y motivación, resguardar un debido proceso sustantivo y brindar al caso una conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

2. Primer paso: La identificación de los problemas jurídicos que plantea el caso

Tal como ya se señaló, el caso concreto amerita que la autoridad judicial, para cumplir con este primer paso, precise con claridad los hechos, los derechos alegados por las partes procesales, las pretensiones y los petitorios. Desde esta perspectiva, estos aspectos deben ser analizados desde el enfoque diferencial, el enfoque de género, y el enfoque de interseccionalidad porque el derecho de las familias y del proceso familiar, desde el modelo constitucional vigente y a la luz de las obligaciones internacionales y reforzadas de respeto a derechos y garantías no puede ser aplicado únicamente desde la igualdad formal.

Nota

Debe recordarse que el enfoque diferencial, de género, intercultural e interseccional tienen sustento en las cláusulas de igualdad sustantiva y prohibición de discriminación, por tanto, son métodos del derecho para identificar situaciones de asimetría, de poder, de desventaja, de discriminación o de vulnerabilidad que puedan suprimir o limitar el ejercicio pleno de derechos.

En este sentido debe considerarse que estamos frente a un grupo de atención prioritaria (Carlitos) y a un criterio prohibido de discriminación por sexo, criterio contenido en el art. 14.II de la Constitución, disposición armónica con el catálogo abierto contenido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De acuerdo a lo señalado, el caso concreto se enmarca a grupos de atención prioritaria y criterios prohibidos de discriminación, por tanto, la identificación de estos grupos de atención prioritaria en la resolución, será esencial para guiar la labor de interpretación de acuerdo a las pautas constitucionalizadas contenidas en los Arts. 410, 13.I, 13.IV, 14.II, 109.I y 256 de la Constitución.

A partir de la identificación de los hechos, los derechos alegados por las partes procesales, las pretensiones y los petitorios con enfoque diferencial, de género, de interculturalidad y de interseccionalidad, se identificará:

- ✓ Los problemas jurídicos que plantea el caso concreto
- ✓ La normativa, tanto sustantiva como adjetiva que sea pertinentes para el análisis del caso
- ✓ Las normas constitucionales, convencionales y estándares internacionales que sean aplicables al caso

Con la finalidad de cumplir con un orden argumentativo coherente, se realizará un índice argumentativo para a partir de él desarrollar todos los problemas jurídicos identificados por la autoridad judicial.

Nota

Debe recordarse que la Corte IDH ha establecido que existe una cultura de discriminación hacia las mujeres en los siguientes términos: “Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’ que ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases’ (Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, párr. 108)¹²⁸.

Nota

Debe recordarse que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer: i) porque es mujer o ii) que la afecta en forma desproporcionada. También ha señalado que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

¹²⁸ Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Nota

Debe recordarse que en aplicación del principio de progresividad contenido en el art. 13.I de la Constitución, es aplicable el avance del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH, instancia que ha establecido como prueba en discriminación estructural los datos estadísticos, en ese sentido ha señalado: “Hay casos relativos a impactos diferenciados en los cuales esta demostración es esencialmente empírica y puede requerir múltiples fuentes, incluyendo, por ejemplo la estadística...” (TEDH, Caso D.H. and others v. The Czech Republic, Aplication 57325/00, Grand Chamber, November 13, 2007, párr. 188, traducción libre).

Nota

Debe recordarse que la Corte IDH en cuanto a la prueba en discriminación estructural e indirecta estableció lo siguiente: “...las autoridades judiciales a cargo de resolver este tipo de casos deben tener presente que las formas encubiertas de discriminación generalmente no cuentan con prueba directa y, por lo tanto, la carga de la prueba no puede recaer de manera absoluta en la persona que alega la discriminación...” (Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela, párr. 151).

Nota

Debe recordarse que la Corte IDH estableció lo siguiente: “...tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las

razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (Caso IV. Vs. Bolivia, párr. 244).

Nota

Debe recordarse que la Corte IDH estableció la inversión de la carga de la prueba en discriminación en los siguientes términos: “...La Corte señala que es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba” (Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica).

Nota

El caso en análisis será considerado difícil si se detecta un problema de compatibilidad con el bloque de constitucionalidad a nivel de premisa normativa o de premisa fáctica.

2.2 Segundo paso: Justificación de compatibilidad con el bloque de constitucionalidad de la premisa normativa a ser reconstruida o interpretada

El caso planteado es un caso difícil que genera problemas jurídicos a nivel de premisa normativa por lo que debe realizarse un índice de ejes temáticos a ser abordados, los cuales deben ser coherentes con los problemas jurídicos planteados.

En este segundo paso del esquema argumentativo expuesto, la autoridad judicial en materia familiar, deberá utilizar todas las pautas y herramientas de argumentación desarrolladas, entre ellas la doctrina del bloque de constitucionalidad (Art. 410 CPE), el principio de progresividad y no regresividad de derechos, así como la interpretación

evolutiva (Art. 13.I de la CPE), el ejercicio del control de convencionalidad (Art. 13.IV), la aplicación directa y preferente de derechos (Art. 109.I de la Constitución); el principio de favorabilidad (Art. 256 de la CPE) a la luz de los principios pro persona, favorabilidad a los grupos de atención prioritaria, pro justicia social, entre otros (Arts. 14.II de la CPE y 29 de la CADH).

2.3 Tercer paso: La valoración compatible de la prueba con la Constitución y el bloque de constitucionalidad

El caso planteado podría generar problemas jurídicos también a nivel de premisa fáctica, especialmente por la denuncia de discriminación que se realizó.

Como puede advertirse, en la justificación, la autoridad judicial en el ámbito familiar, deberá motivar su decisión en los principios *iura novit curia*, la verdad material, la igualdad sustantiva y prohibición de discriminación y la inviolabilidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos, etc.

También en este segundo paso, en el marco del modelo constitucional vigente y de acuerdo a todo lo desarrollado en este texto, la autoridad judicial deberá justificar los hilos argumentativos de una construcción plural de derechos, por ejemplo podrá aplicar el paradigma del vivir bien (SCPs 1422/2012, 0778/2014, 481/2019-S2) y considerar principios y valores de orden plural (Como lo hizo la SCP 2007/2013).

2.4 Decisión

En este paso, luego de la debida fundamentación (justificación de la premisa normativa reconstruida) y la coherente motivación (justificación de la premisa fáctica reconstruida), la autoridad judicial en materia familiar debe recién subsumir la premisa fáctica a la premisa normativa, aplicando el silogismo jurídico para brindar una coherencia interna a la decisión judicial; decidiendo la consecuencia jurídica emergente de esta labor de subsunción.

En el caso concreto, la parte dispositiva de la sentencia judicial deberá considerar los siguientes aspectos:

- ✓ Decisión en cuanto a la demanda de asistencia familiar
- ✓ Decisión en cuanto a la solicitud de reparación integral de daños si correspondiera que corresponde esta pretensión.

CAJA DE HERRAMIENTAS CONCEPTUALES

El rol del juez en el Estado Legislativo de Derecho

En el Estado Legislativo de Derecho, al ser la ley la única fuente directa de derecho, el juez debía subsumir los hechos al derecho, que contenía reglas jurídicas positivizadas, por lo que su labor de interpretación y argumentación era restringida sólo a casos de oscuridad o imprecisión pero que no podían exceder el marco de interpretación gramatical, finalista o teleológico de la ley.

La interpretación auténtica en la Francia revolucionaria

Desde los principios de separación de poderes y la doctrina Roussoniana del contrato social del cual emerge la ley como la manifestación de la voluntad general, se postula la interpretación auténtica en virtud de la cual, el intérprete auténtico y legítimo de la ley sólo puede ser el legislador, por lo que la autoridad judicial solamente era la “voz de la ley” por lo que debía aplicarla al caso concreto a través de la subsunción.

La interpretación judicial en la codificación Napoleónica

El Código Civil de 1804 instauró la era de la codificación por lo que el derecho era concebido como reglas positivas codificadas, por lo al tener la Constitución un valor político y no jurídico, la autoridad judicial a través del silogismo jurídico (método de la subsunción) estaba sometida a estas reglas con un mínimo margen de interpretación reducido a la interpretación gramatical o a la aplicación de la analogía.

El surgimiento de las escuelas que cuestionaron el dogma de la infalibilidad del legislador

En la Europa del Siglo XIX surgió la Escuela de la Exégesis, que postuló la idea de la ley como fuente directa de derecho que generaba para el juez el deber de aplicar el método exegético, es decir del silogismo jurídico basado en la subsunción de hechos al derecho y que por tanto le otorgaba un marco mínimo de interpretativo restringido a buscar la voluntad del legislador; posteriormente surgió la Escuela Histórica del Derecho, la cual postuló la aplicación de otros métodos para establecer el sentido de la ley, entre ellos el gramatical, lógico, histórico y sistémico; también surgió la Escuela Libre de Investigación con una postura

crítica especialmente al método dogmático, por lo que propuso que la interpretación si bien debía partir de la ley; empero, para su interpretación en casos concretos debía acudir a otras fuentes secundarias de derecho, como los usos y costumbres. Si estas fuentes secundarias no eran útiles, debía utilizarse la investigación libre.

El positivismo normativista postulado por Kelsen

En su obra: “Teoría Pura del Derecho”, Kelsen refiere que las autoridades judiciales frente a indeterminaciones de las normas jurídicas deben darle un sentido que brinde coherencia con la voluntad del legislador, pero además, en caso de antinomias o contradicciones deberá la autoridad judicial utilizar métodos como el de la jerarquía normativa, el principio de especialidad o los criterios de validez temporal de la norma.

La interpretación judicial en el Estado Constitucional de Derecho

Una de las principales características del Estado Constitucional de Derecho es el valor jurídico de la Constitución a través del principio de aplicación directa de derechos contenidos en la Constitución, en tratados internacionales referentes a derechos humanos y en estándares internacionales de protección a derechos, por tanto, en este contexto, las autoridades judiciales en los casos concretos deben aplicar directamente los derechos aún en ausencia de ley. Asimismo, a través de la interpretación y argumentación jurídica deben brindarle a la ley un sentido armónico con la Constitución.

La interpretación judicial y argumentación jurídica de acuerdo a la Constitución boliviana

La Constitución boliviana de 2009 consagra un modelo argumentativo a partir de los tres principios consagrados en el art. 109.1 de la Constitución: El de igual jerarquía de derechos; de aplicación directa de derechos y de directa justiciabilidad. En este marco, las autoridades judiciales, en casos de ausencia de ley, de imprecisión normativa o de contradicción de norma interna con un derecho consagrado en el bloque de constitucionalidad, deben aplicar directamente el derecho cuando éste sea más favorable y acorde a los principios de favorabilidad y progresividad, a cuyo efecto deben justificar sus decisiones en el marco de una coherente argumentación jurídica basada en pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos.

La doctrina del bloque de constitucionalidad

La Constitución boliviana de 2009 en el art. 410 desarrolla el bloque de constitucionalidad. Este artículo fue interpretado por la SC 110/2010-R que estableció que forman parte del bloque de constitucionalidad la Constitución, los tratados internacionales referentes a derechos humanos y también los estándares que emanen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En una interpretación extensiva, se tiene que también los estándares de órganos del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos con roles contenciosos o interpretativos en derechos humanos como es el caso del Comité de Derechos Humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad.

Las reglas, principios y directrices sobre derechos humanos

La SC 0061/2010-R estableció también que las reglas, principios y directrices sobre derechos humanos que devengan tanto del Sistema Interamericano como Universal de Protección a Derechos Humanos, son parámetros de interpretación que deben ser utilizados por las autoridades judiciales para una interpretación judicial y una argumentación jurídica acorde con el bloque de constitucionalidad.

El principio de progresividad

El principio de progresividad como pauta de interpretación de derechos consagrada en el art. 13.I de la Constitución, asegura que la autoridad judicial interprete el derecho en cuestión de acuerdo a los estándares más altos que emergen de los avances y progresos del derecho internacional de los derechos humanos, por tanto, no puede brindar interpretaciones restrictivas o limitativas a derechos, cuando estos tengan una progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, cuando existan en el Sistema Interamericano o Universal, o en un ámbito global como es el caso de la OIT estándares más altos o protectivos al derecho en análisis.

El principio de prohibición de regresividad

Este principio como pauta de interpretación asegura que la autoridad judicial justifique que su interpretación no implica una regresividad en cuanto a los estándares más altos vigentes en la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, ya que una regresividad implicaría que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplir sus obligaciones de respeto y garantía a derechos de buena fe.

La interpretación evolutiva

Es una técnica de interpretación que asegura una justificación de la decisión judicial considere el avance de los tiempos y las

interpretaciones progresivas sobre derechos que se generen en el derecho internacional de los derechos humanos.

La interpretación conforme al parámetro de convencionalidad
De acuerdo al art. 13.IV de la Constitución, las autoridades judiciales deben brindar al orden normativo interno una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad que integra al parámetro de convencionalidad, es decir a los tratados internacionales referentes a derechos humanos y también a estándares internacionales de protección a derechos.

El ejercicio del control de convencionalidad

Cuando exista una contradicción entre norma interna con norma internacional, para que la autoridad judicial realice una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, debe ejercer control de convencionalidad, por tanto, al amparo de los arts. 410, 109.1, 13.1, 13.IV, 14.II y 256 de la Constitución, debe aplicar de manera directa y preferente el estándar jurisprudencial más alto y favorable al derecho en discusión, ya que el Estado no puede ampararse en una norma interna para desconocer sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos que debe cumplirlas de buena fe.

La doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* estableció que los Estados no pueden ampararse en su normativa interna para desconocer sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos que deben cumplirlas de buena fe, por cuanto, estableció que el Poder Judicial cuando evidencia una contradicción de norma interna con obligaciones internacionales referentes a derechos humanos, debe aplicar de manera directa y preferente el instrumento internacional de protección a derechos humanos. Posteriormente, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú*, estableció que las autoridades deben ejercer control de convencionalidad *ex officio*. Luego en el caso *Gelman Vs. Uruguay* estableció que todas las autoridades en el marco de los sistemas de control de constitucionalidad que hayan adoptado deben ejercer control de convencionalidad. Finalmente, en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*, desarrolla criterios argumentativos para las autoridades que ejercerán control de convencionalidad, entre ellos el deber de interpretar la normativa interna a la luz del parámetro de convencionalidad. Estos estándares referentes a la doctrina del control de convencionalidad forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano.

Derechos, principios o valores en colisión

La autoridad judicial, en casos en los cuales el problema jurídico que plantee el caso implique una colisión de derechos, principios o valores, para brindar una decisión conforme al bloque de constitucionalidad debe utilizar el método de la ponderación y además someter sus decisión al test de razonabilidad y proporcionalidad, ya que la prevalencia de un derecho, principio o valor en relación a otros u otros, ni implica su supresión o anulación.

El test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad está consagrado en la SCP 0025/2018-S2 entre otras, y sirve para asegurar que una decisión sea conforme al bloque en casos de colisión de derechos y que por ende no sea desproporcional y arbitraria. Este test tiene tres niveles de análisis: 1) Se debe justificar si la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es idónea o adecuada para la finalidad buscada con la misma; 2) Si la medida limitativa o restrictiva es necesaria, y si acaso, existen otras medidas menos graves, que restrinjan en menor grado el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida; y c) Analizar la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en dilucidar su la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

El test de proporcionalidad en medidas cautelares

El test de proporcionalidad está consagrado en la SCP 0025/2018-S2 las autoridades judiciales deben realizar el test de proporcionalidad en todos los caso de imposición de medidas cautelares que suponen una limitación a derechos fundamentales.

La interdependencia e indivisibilidad de derechos

La interdependencia e indivisibilidad de derechos como pautas de interpretación de derechos se encuentran contenidas en el art. 13.I de la Constitución. Por ejemplo, el derecho al trabajo es interdependiente a la justa remuneración, por tanto, no puede protegerse el derecho sin resguardarse la justa remuneración en aplicación de estos principios constitucionales.

La inviolabilidad de derechos

La inviolabilidad de derechos es otra pauta de interpretación de derechos contenida en el art.13.I de la Constitución, por lo que éstos no pueden ser alterados, suprimidos, convalidados por el Estado y todos tienen una exigibilidad, ya sea vertical u horizontal, es decir,

pueden ser exigidos en relación al Estado en todos sus niveles de organización territorial y también en relación a los particulares.

El principio iura novit curia

El principio del iura novit curia es una pauta de interpretación implícitamente consignada en el art. 13.I de la Constitución por su interdependencia con los principios de inviolabilidad, transversalidad y fuerza expansiva de derechos, por lo que más allá de ritualismos o formalismos extremos o de peticiones expresas, la autoridad judicial a partir de los hechos brindados, de oficio, debe tutelar todos los derechos que pudieran ser afectados.

La interpretación intercultural de derechos

La interpretación intercultural de derechos responde a los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad y asegura una interpretación de derechos que no tenga fundamento exclusivo en el principio de universalidad, sino más bien, que genere consensos interculturales a partir de la diversidad cultural y que además consigne una lectura plural de la normatividad y del sistema plural de fuentes jurídicas enmarcadas en un pluralismo jurídico de tipo igualitario.

El paradigma del vivir bien como pauta intercultural de derechos

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0778/2014 desarrolló el paradigma del vivir bien como pauta intercultural de interpretación, en virtud de la cual se analiza las decisiones de las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinas desde la compatibilidad con sus normas, procedimientos y cosmovisiones y con principios y valores supremos plurales.

El peritaje en procesos penales para una lectura plural del sistema de fuentes jurídicas

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1235/2017-S, desde una lectura plural de los diversos sistemas jurídicos, estableció que en los procesos penales en los cuales sean juzgados por la justicia ordinaria miembros de pueblos indígenas, en aplicación del art. 391 del CPP, debe requerirse un peritaje antropológico antes de la imputación. Sin embargo, en el modelo vigente, lo ideal sería generar verdaderos diálogos inter-jurisdiccionales entre la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción indígena, de manera tal, que al margen del peritaje, sean las autoridades judiciales las que acudan al pueblo indígena para entender sus costumbres, cosmovisiones y sus sistemas jurídicos.

El principio de favorabilidad

El principio de favorabilidad tiene fuente constitucional en el Art. 256 de la Constitución y es una pauta de interpretación constitucional. En primer lugar, este principio está vinculado al Art. 14.II de la Constitución, ya que debe darse siempre interpretaciones favorables a casos en los cuales exista una situación de asimetría, por lo tanto debe aplicarse la favorabilidad en relación a grupos de atención prioritaria, como ser niñas, niños, adolescentes, mujeres en situación de violencia, migrantes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, personas privadas de libertad, o cualquier persona que se encuentre en situación de asimetría, vulnerabilidad o desventaja.

La prevalencia de la justicia material

A la luz del principio de favorabilidad contenido en el Art. 256 de la Constitución, en casos concretos, la autoridad judicial para asegurar la prevalencia de la justicia material podrá flexibilizar presupuestos o formalismos extremos que impliquen denegación de justicia, esta flexibilización debe cumplir dos requisitos esenciales: Debe ser realizada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto; y la autoridad judicial tiene la carga argumentativa, considerando que estas flexibilizaciones tienen la finalidad de asegurar una igualdad y justicia sustantiva en casos de asimetrías, situaciones de evidente vulnerabilidad o graves violaciones a derechos.

La reconducción procesal

A la luz del principio de favorabilidad contenido en el Art. 256 de la Constitución, en casos concretos, para una prevalencia de la justicia material y un real acceso a la justicia en coherencia con el principio del iura novit curia, la autoridad judicial puede realizar reconducciones procesales de acuerdo al estándar jurisprudencial más alto contenido en la SCP 0778/2014.

El principio de verdad material

De acuerdo a la SCP 1631/2013 el principio de verdad material impele a las autoridades judiciales a generar decisiones orientadas a resolver las problemáticas guiados por el valor justicia, por lo que deberá valora 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, podrá 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.

El precedente en vigor

De acuerdo a la SCP 0846/2012 el precedente en vigor, es la interpretación que el máximo contralor de constitucionalidad realizar en cuanto a un derecho o un instituto jurídico, entendimiento que será fuente directa de derecho de acuerdo al art. 203 de la Constitución y generará efectos vinculantes para las autoridades judiciales, es decir, que deberá ser aplicado en casos futuros que planteen el mismo problema jurídico.

La razón jurídica de la decisión

De acuerdo a la SCP 0846/2012 la razón jurídica de la decisión denominada también *ratio decidendi* emerge de la aplicación del precedente en vigor a los antecedentes del caso concreto y genera la decisión que en el caso de sentencias constitucionales plurinacionales implicará la concesión o denegación de tutela si se trata de control tutelar y su efecto no es vinculante, sino obligatorio para las partes procesales, por tanto, a partir de la razón jurídica de la decisión se fundamenta el concepto de cosa juzgada constitucional, que evita a las partes presentar una misma acción con identidad de objeto, sujetos y causa.

La correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor

De acuerdo a la SCP 0846/2012 para una correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor, debe realizarse un análisis dinámico de línea jurisprudencial que identifique los entendimientos del Tribunal Constitucional vigente por la Constitución de 1994, el Tribunal Constitucional de Transición (2010-2011) y el Tribunal Constitucional Plurinacional vigente a partir del año 2012, este análisis será esencial para identificar las sentencias fundadoras de línea, las moduladoras, las mutadoras de línea, las sistematizadoras de línea y las sentencias aisladas que no constituyen precedente en vigor.

La doctrina del estándar jurisprudencial más alto

De acuerdo a la SCP 2233/2013 el precedente en vigor y por ende el entendimiento que sea fuente directa de derecho con efecto vinculante será aquel que desarrolle el derecho de manera más favorable y coherente con los principios de progresividad y prohibición de regresividad, por lo que esta doctrina es un límite para el Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual no podrá cambiar su jurisprudencia para restringir el derecho, sino solamente en casos de interpretaciones más favorables y progresivas. En este marco, todo cambio jurisprudencial restrictivo, nunca será considerado precedente en vigor, sino una interpretación aislada. En este marco, el criterio que guía el precedente en vigor no es el de

temporalidad, sino el de favorabilidad, lo que implica que el precedente en vigor con efecto vinculante no necesariamente será el último entendimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, sino el más favorable al derecho.

La doctrina estándar de argumentación jurídica

Esta doctrina muy bien descrita por Manuel Atienza, sistematiza las posturas de MacCormick y Alexy, en este marco, la argumentación destinada a la justificación de decisiones judiciales en un marco de coherencia con la justicia y el orden normativo, debe ser mirada desde dos perspectiva esenciales: La justificación de primer orden y la justificación de segundo orden.

La justificación de primer orden y la concepción formal de la argumentación jurídica

Se realiza en casos fáciles en los cuales debe adecuarse los hechos a la norma a través del método del silogismo jurídico, es decir de la subsunción de los hechos al derecho. Esta justificación se enmarca a una concepción formal de la argumentación vinculada a un análisis interno de congruencia.

La justificación de segundo orden y la concepción material de la argumentación jurídica

Se realiza en casos difíciles en los cuales debe a través de la argumentación e interpretación jurídica dársele a la premisa normativa o fáctica, un sentido o una reinterpretación acorde con principios y valores jurídicos. Estos casos se enmarcan a la concepción material de la argumentación jurídica

La premisa normativa, fáctica y las conclusiones

Se refiere al enunciado o la descripción normativa aplicable al caso sometido a decisión judicial.

Por su parte, la premisa fáctica se refiere a los hechos u omisiones denunciados en el proceso judicial, que a través de la actividad probatoria y en el marco de los sistemas de valoración de pruebas, se los tiene por probados o improbados y las conclusiones se refieren a la decisión judicial que emerge de la aplicación del método del silogismo jurídico, en virtud del cual, se subsume la premisa fáctica a la premisa normativa.

Los casos fáciles y difíciles en un Estado Constitucional de Derecho

Manuel Atienza establece que un caso fácil será aquel en el cual la aplicación de la subsunción de la premisa fáctica a la premisa normativa no genere ninguna afectación a derechos o a principios y

valores fundamentales. Por el contrario, los casos difíciles serán aquellos en los cuales existan problemas de justicia, de compatibilidad con principios o valores supremos a nivel de premisa normativa o fáctica, por lo que la autoridad judicial, deberá realizar una labor de argumentación e interpretación jurídica para que la decisión judicial tenga una compatibilidad con el bloque de constitucionalidad, esta labor de argumentación, interpretación y justificación alcanza lo que Aienza denomina la concepción material de la argumentación.

La justificación material de las resoluciones judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia

De acuerdo al modelo constitucional vigente, si el problema jurídico se presenta a nivel de premisa normativa (Problemas de interpretación, de antinomias, de obscuridad, etc.), la autoridad judicial debe realizar una labor de reconstrucción normativa, es decir, debe brindarle a la norma un sentido conforme al bloque de constitucionalidad y de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación para evitar decisiones arbitrarias. En este caso la autoridad judicial tiene la carga argumentativa, es decir debe cumplir con los requisitos de una razonable fundamentación. Por el contrario, si el problema jurídico se presenta a nivel de premisa fáctica, la autoridad judicial debe valorar los hechos de acuerdo a los principios de verdad material, prevalencia de la justicia material, iura novit curia, inviolabilidad de los derechos, etc. En este caso, la autoridad judicial tiene la carga argumentativa, en este marco, debe cumplir con los requisitos de una razonable motivación.

La premisa normativa de acuerdo al modelo constitucional boliviano

En el modelo boliviano, las autoridades judiciales deben brindar a la premisa normativa una lectura plural de las diferentes fuentes de derecho ya que en el marco de la plurinacionalidad existen diferentes sistemas jurídicos en el contexto de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, pero también los estándares internacionales sobre derechos y los precedentes en vigor acordes con el estándar jurisprudencial más alto, son fuente directa de derecho.

La premisa fáctica de acuerdo al modelo constitucional boliviano

En el modelo boliviano, las autoridades judiciales deben brindar a la premisa fáctica una coherencia y compatibilidad con los principios de verdad material, justicia material y otros principios plurales contenidos en el bloque de constitucionalidad.

La justificación de las premisas en el marco de una argumentación jurídica plural

En coherencia con el modelo constitucional vigente, la justificación tanto de la premisa normativa como fáctica debe estar sustentada en las pautas constitucionalizadas de interpretación contenidas en la Constitución vigente, entre ellas en los arts. 410, 8, 13.I, 13.IV, 14.II, 109.1, 180 y 256 de la Constitución, entre otras.

Asimismo, deberá utilizar los métodos de aplicación directa y preferente de derechos a través del ejercicio del control de convencionalidad o la ponderación en caso de colisión de derechos y también debe interpretar derechos con enfoque intercultural y de género.

La diferencia entre la fundamentación y la motivación

Considerando que el proceso de argumentación tiene la finalidad de justificar una decisión judicial, dicha justificación a nivel de premisa normativa se denomina fundamentación y a nivel de premisa fáctica motivación.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2003). “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, M. (ed.). España: 2003.

Alexy, R. (2004). *El concepto y validez del derecho*. España: Editorial Gedisa.

Alexy, R. (2010). “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *El Canon neoconstitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Andaluz, H. (2010). *Aplicación judicial de la Constitución*. Bolivia: El País.

Aristóteles (trad. 1989). *La Política: politeia*. Briceño Jaúregui, M. Bogotá: Ediciones Panamericana.

Aragón Reyes, M. (2000) “La Constitución como paradigma”. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Carbonell, M. (comp.). Mexico: Porrúa.

Aragón Reyes, M. (2000a). “Constitución y derechos fundamentales”. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México: UNAM.

Atienza, M. (2001). *Derecho y Argumentación Jurídica*. Colombia: Universidad Nacional Externado de Colombia.

Beccaria, C (1990). Trad. Sentis, S. y Ayerra Redín, M. Bogotá: Ed. Temis.

Bonnecase (1994). *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*. Trad. Cajica jr. J. M.. México: Editorial José M. Cajica jr.

Cappelletti, M. *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Porrúa-UNAM.

Couture, E. (1997). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Argentina: Ediciones de Palma.

Cota Bernal, A.C. (2016). “Incorporación del análisis Interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la independencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Revista en Cultura de la Legalidad*. No. 9. España: Eunomia.

D’Antena, A (2004). “La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos”. *ReDCE*. No. 1.

Fernández Segado, F. (2003). *Estudios Jurídico-Constitucionales*, México: UNAM.

Ferrajoli, L (2001). *Pasado y futuro del estado de derecho*. Italia: Universidad de Camerino.

García Amado, J. (1998). *Teorías de la tónica jurídica*. España: Civitas.

García de Enterría, E (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. España: Civitas.

García Maynes, E. (1997). *Introducción al Estudio del Derecho*. 20va. Edición. Argentina: Editorial Porrúa.

Gascón Abellán, M y García Figueroa, A (2005). *La Argumentación en el Derecho*. Perú: Editorial Palestra.

Gény, F (2018). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Goldschmidt, W. (1983). *Introducción Filosófica al Derecho*. Sexta Edición. Argentina: Editorial Depalma.

Guastini, R. (2002) “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. España: Trotta.

Groppi, T. (2002). “¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fdirque Furó Ceriol*. No. 38-39. España.

Hart, H.L.A. (1963). *El Concepto de Derecho*. Carrió, G. (trad.). Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

Haberle, P. (2002), *La Constitución como cultura*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Num. 6. Colombia: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 177-198.

Huerta, C. (2004). “Savigny en el contexto actual de la interpretación”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. México: UNAM, pp. 187-200.

Kelsen, H (1995). *Teoría Pura del Derecho*. Vernengo, R. (trad.). México: Porrúa.

Lamparello, A. (2006) “The Unreasonableness of “Reasonableness””. Review: Assessing Appellate Sentencing Jurisprudencia After Booker”, *Federal Sentencing Reporter*, vol 18, núm. 3.

Martínez Dalmau, R. y Viciano Pastor, R (2011). El nuevo constitucionalismo Latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24. Recuperado de https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal

Montesquieu (1992). *Del espíritu de las leyes*. Novena Edición. México: Editorial Porrúa.

Olano García, H. (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. *Estudios Constitucionales de Chile*. Año 14, no. 1. Chile: Universidad de Talca.

Pinto, M. (1997). “El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. Abregú, M. y Courtis C. (comps). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos, por los tribunales locales*. Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. España: Editorial Trotta.

Rousseau, J.J. (1985). *El Contrato Social*. Tercera Edición. México: Ed. Mexicanos Unidos.

Rojas, F. (2010). “Nuevas condiciones de lenguajes de los derechos desde los pueblos indígenas”. *Neoconstitucionalismo, Derechos Humanos y Pluralismo. Homenaje al Prof. Néstor Pedro Sáquez*. Bolivia: Colegio de Abogados de Chuquisaca-Fundación Tribuna Constitucional.

Sánchez Gil, R. (2008). “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. Carbonell, M. (comp.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Talavera, P. (2008). “Interpretación y Argumentación Jurídica”. *Revista Boliviana de Derecho*. Bolivia: Editorial El País.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*. (2017), Aprobado mediante Acuerdo de Sala Plena no. 316/2017. Bolivia: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Uprimmy Yepes, R. y Rodríguez Villabona, A.A. (2008). *Interpretación Judicial*. Módulo de Autoformación. Segunda Edición. Colombia: Editorial Escuela Judicial.

Vázquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Vernengo, R. (1996). “Interpretación del Derecho”. *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. T. 11. España: Editorial Trotta.

Wolkmer, A. C. (2006). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Madrid: MAD.

Yrigoyen Fajardo, R. (2006). “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*. España: Universidad de Deusto, pp. 537-567.

Yrigoyen Fajardo, R. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. Perú: Icaria.

Zagrebelsky, G. (2007). *El Derecho Dúctil*. Séptima edición. España: Editorial Trotta.

Zagrebelsky, G. (2000). “La Constitución y sus normas”. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Carbonell, M. (comp.). México: Porrúa-UNAM.