



Área Ordinaria

CURSO

INDUCCIÓN A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

**Unidad de Formación y Especialización
GESTIÓN 2022**

MÓDULO II

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL ESTADO PLURINACIONAL

PROCESO DE INDUCCIÓN A LA
FUNCIÓN JURISDICCIONAL



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA
Y COOPERACIÓN



aecid



Cooperación
Española

Contenido

INTRODUCCION	4
PROPÓSITOS DEL MÓDULO	4
Propósito formativo general:	4
Propósitos formativos específicos:	4
UNIDAD DIDÁCTICA 1.....	5
EL TRÁNSITO DEL ESTADO LEGISLADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	5
1.1. Introducción	5
1.2. La interpretación y argumentación jurídica en el Estado legislado de Derecho	8
1.3. La interpretación y la argumentación jurídica en el Estado Constitucional Plurinacional	13
1.4. La importancia de la interpretación y la argumentación jurídica en las resoluciones en la función judicial	15
UNIDAD DIDÁCTICA 2	21
UNA APROXIMACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	21
2.1 Introducción.....	21
2.2. Una aproximación a la definición de argumentación jurídica.....	21
2.3. Contexto del descubrimiento y de la justificación	24
2.4. Las razones explicativas y las razones justificativas	25
2.5. Concepciones de la argumentación jurídica.....	26
UNIDAD DIDÁCTICA 3	33
LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	33
3.1. La justificación interna y externa de las resoluciones	33
3.1.1. Justificación interna o de primer orden	34
3.1.2. Justificación externa o de segundo orden	38
3.2. Criterios a considerar en la construcción plural de la argumentación jurídica, a partir de las características de nuestro modelo de Estado.	78
3.2.1. Criterios desde el carácter constitucional del Estado.....	78
3.2.2. Criterios desde el carácter plurinacional, intercultural y comunitario de nuestro Estado:.....	79
3.2.2. Procedimientos y argumentación plural	84

3.3.	Hacia una reconstrucción práctica de la argumentación jurídica sobre la base de las teorías estudiadas y las características de nuestro modelo Estado	84
3.3.1.	Identificación de problema jurídico que se va a resolver	85
3.3.2.	Identificación de la norma o normas jurídicas aplicables:	87
3.3.3.	Determinación de la premisa fáctica	93
3.3.4.	La conclusión	94
3.3.5.	El control racional de la argumentación o el análisis de los criterios de justificación externa: 95	
UNIDAD DIDÁCTICA 4	98
LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO	98
4.1.	Introducción	98
4.2.	El sistema de derecho continental y su influencia en Bolivia.....	98
4.3.	La influencia del sistema anglosajón en Bolivia	100
4.4.	La jurisprudencia internacional e interna como fuente de derecho.....	104
1.4.1.	La jurisprudencia internacional	104
1.4.2.	La Jurisprudencia interna	106
4.5.	Definición de derecho jurisprudencial	108
4.6.	¿Quiénes crean derecho?.....	109
4.7.	El análisis estático de la jurisprudencia	110
4.7.1.	Las partes de una resolución desde la perspectiva del derecho jurisprudencial...	111
4.7.1.1.	Obiter dictum	111
4.7.2.	Especial referencia a la parte resolutive o decism	114
4.7.3.	Técnicas para la identificación de la ratio decidendi y el precedente.	115
4.8.	Análisis dinámico de la jurisprudencia.....	117
4.8.1.	La línea jurisprudencial	117
4.8.2.	Los tipos de jurisprudencia y de Sentencias	118
4.8.3.	¿Cómo identifico el precedente en vigor? La doctrinal del estándar jurisprudencial más alto. 127	
4.9.	Las condiciones para la vinculatoriedad del precedente	130
4.10.	La vinculatoriedad horizontal y vertical	131
4.11.	La vinculatoriedad del precedente y la independencia judicial	132
4.12.	Los cambios de precedente y su aplicación en el tiempo.....	134

UNIDAD DIDÁCTICA 5	138
LA ESTRUCTURA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PLURAL	138
5.1. La estructura formal de una sentencia y su coherencia interna	138
5.2. La adecuada construcción de las partes de una resolución judicial	139
5.2.1. Encabezamiento	139
SALA PLENA	140
SENTENCIA: 322/2014.....	140
5.2.2. Antecedentes	141
5.2.3. Parte considerativa	144
5.2.4. Parte resolutive	153
5.3. La necesidad de titulación de las partes de las resoluciones judiciales	156

INTRODUCCION

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

En la primera unidad didáctica, se hace referencia un análisis comparativo de la argumentación jurídica en el Estado Legislado de Derecho y en el Estado Constitucional y Plurinacional.

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

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

La cuarta unidad didáctica está dedicada exclusivamente al derecho jurisprudencial, analizando las técnicas para el análisis estático y dinámico de la jurisprudencia, con la finalidad de identificar el estándar jurisprudencial más alto y, en consecuencia, el precedente en vigor. También se tocan aspectos referidos a la independencia judicial y el cambio de jurisprudencia, bajo la lógica de los principios de favorabilidad y progresividad.

PROPÓSITOS DEL MÓDULO

Propósito formativo general:

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

Propósitos formativos específicos:

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

UNIDAD DIDÁCTICA 1

EL TRÁNSITO DEL ESTADO LEGISLADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1.1. Introducción

En el Módulo I se ha visto que nuestra Constitución diseña un modelo de Estado que comparte las características de un Estado constitucional, aunque con rasgos propios que derivan de su carácter plurinacional, comunitario e intercultural.

Así, se estableció que el Estado constitucional tiene características que lo distinguen del Estado legislado de derecho que tiene como nota distintiva fundamental, el predominio del principio de legalidad y, por ende, del órgano legislativo, donde la Constitución Política del Estado, únicamente tiene carácter político más no normativo y, por lo tanto, debe ser necesariamente desarrollada por el legislador.

Frente a ello, en el Estado Constitucional, la Constitución Política del Estado tiene carácter normativo, es decir, es una norma directamente aplicable (art. 109 de la CPE), que tiene prelación en su aplicación (art. 410 de la CPE) y está concebida no sólo como la norma suprema en el aspecto formal, que establece los procedimientos y las competencias para la producción normativa, y en el aspecto material, porque contiene una pluralidad de principios, valores y un amplio catálogo de derechos de carácter liberal, social, derechos individuales y colectivos, siendo uno de los fines y funciones esenciales del Estado el de garantizar el cumplimiento de los **principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución** (art. 9.4. de la CPE).

La Constitución, además, se encuentra garantizada, porque, por una parte, los jueces se constituyen en garantes primarios de la Constitución Política del Estado (SCP 112/2012) y, por otra, existe un órgano específico encargado de salvaguardarla, de ejercer el control de constitucionalidad, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional. También se señaló que otra de las características del Estado Constitucional es la preponderancia del órgano judicial, por cuanto, el juez debe aplicar directamente la Constitución Política del Estado, debe interpretar la ley desde y conforme a la Constitución Política del Estado, efectuar una labor de ponderación cuando existan conflictos entre valores, principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado y también, aplicar directamente los principios constitucionales.

También se ha visto que a las características del Estado Constitucional deben sumarse las que son propias de nuestro modelo, como el carácter plurinacional y comunitario del Estado, el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario y el principio de interculturalidad. Así, la plurinacionalidad quiebra los fundamentos del Estado-nación caracterizado por el monoculturalismo y el monismo jurídico, al reconocer a los pueblos indígenas no sólo como culturas diferentes —en el marco de una noción multicultural— sino como “naciones”, entendiendo a éstas en una doble dimensión: como comunidades históricas con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada¹ y como pueblos con capacidad política para definir sus destinos², siempre en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el art. 2 de la CPE y lo entendió la SCP 112/2012, reiterada, entre otras, por las SSCPP 2211/2012 de 28 de noviembre y 108/2014 de 10 de enero, entre otras.

Otra de las características de nuestro modelo de estado es el reconocimiento de un pluralismo jurídico igualitario que rompe la identificación del Estado-Derecho, que se funda en el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30.4. de la CPE), del cual deriva el derecho al ejercicio de sus sistemas jurídicos (art. 30.14 de la CPE). El reconocimiento de los diferentes sistemas normativos encuentra su correlato en el reconocimiento de la Jurisdicción indígena originaria campesina que se integra a la función judicial —que por mandato constitucional es única— y forma parte del órgano judicial (art. 178 de la CPE), haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (art. 30.5 de la CPE). De acuerdo al art. 179 de la CPE, la jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía y, en ese sentido, no se prevé ningún medio de revisión, por parte de la jurisdicción ordinaria, de las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

Otro rasgo fundamental que atraviesa la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico es la interculturalidad³ como algo por construir, que representa un avance respecto a los conceptos de pluriculturalidad y multiculturalismo que sólo hacían referencia a la existencia de múltiples culturas dentro del Estado⁴. La interculturalidad, en ese sentido, reconoce las

¹ WALSH, Catherine, *El Estado Plurinacional e Intercultural*, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*. Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 169.

² YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z., *El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010.

³ Para Galo Ramón Valarezo, la plurinacionalidad es un concepto ambiguo y de menor alcance que la Interculturalidad por tres razones: “(i) la Plurinacionalidad sólo reconoce la diversidad, pero no enfatiza la unidad en la diversidad; (ii) induce al Estado a tratar a los pueblos indígenas como minorías nacionales, y no transforma de manera activa a toda la estructura racista, excluyente, inequitativa y monocultural dominante, y (iii) la plurinacionalidad es parcialmente aplicable a zonas con territorios habitados por un solo pueblo, pero es inaplicable a territorios fluidos, que son la mayoría en el Ecuador, en donde conviven diversos pueblos y ciudadanos/as”. VALAREZO, Galo Ramón “¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?”, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*. Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 125 y ss.

⁴ *Ibid.*, p. 135.

potencialidades de las diferentes culturas/naciones para el replanteamiento de las relaciones de poder y la transformación estructural de la sociedad y el Estado⁵.

El carácter intercultural del Estado boliviano está reconocido en el propio art. 1 de la CPE. Por otra parte, se reconoce como fines y funciones del Estado el fomentar el respeto mutuo, el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe (art. 9.2 de la CPE); diálogo que permitirá, por otra parte, cumplir con otro fin, cual es el de reafirmar y consolidar la unidad del país (art. 9.3 de la CPE). A ello se añade la declaración de Bolivia como Estado pacifista que promueva la interculturalidad (art. 10.1) y, entre otros artículos, se reconoce a la interculturalidad como principio de la potestad de impartir justicia (art. 178 de la CPE).

Es preciso, además, hacer referencia al **carácter comunitario del Estado Boliviano**, que de acuerdo a la SCP 890/2013 de 20 de junio “reconoce el pensamiento de los pueblos indígena originario campesinos que se centra en la comunidad antes que en el individuo; comunidad que a su vez es la base del vivir bien: ‘... es un vivir bien en condición de familia, en condición de hogar familia’, no es un vivir bien individual, es un vivir comunitario familiar”. Por su parte, la SCP 0260/2014 de 12 de febrero, ha señalado que:

El carácter comunitario del Estado, que asume como principio (art. 8.I). valor y finalidad al suma qamaña (art. 8.II de la CPE), implica una crítica a la fundamentación individualista de la sociedad y de las normas sociales, como característica de la modernidad fundada en la razón y el individuo, que debilita los lazos comunitarios y la solidaridad; desconoce la organización comunitaria de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y, en consecuencia, niega el rol de la comunidad en la formación de la identidad de los individuos.

Efectivamente, desde la visión comunitarista, la persona no es un ser aislado, con independencia de la comunidad, sino que es un ser contextualizado en un determinado grupo cultural, con circunstancias sociales que condicionan su identidad y, por lo mismo es preciso fortalecer los lazos de unión entre el individuo y la comunidad; donde ésta no es una mera organización para la consecución de fines individuales, sino que es una comunidad de valores donde el individuo asume compromisos que en el caso boliviano están establecidos en el art. 8 de la CPE, como la solidaridad, la reciprocidad, la complementariedad, la armonía, entre muchos otros, valores que sólo pueden ser entendidos a partir de los vínculos del individuo con los demás, con la comunidad política que representa el Estado Boliviano.

Considerando lo anotado, las características de nuestro modelo de Estado suponen la revisión del positivismo jurídico, anclado en el respeto al principio de legalidad; toda vez que éste se encuentra en crisis a partir de los principios de constitucionalidad y de convencionalidad por los cuales las leyes ceden ante la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad; el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales, es decir, el carácter de fuente directa del derecho de origen jurisprudencial; la existencia de leyes departamentales, municipales, a partir del carácter autónomo de nuestro Estado, y el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario;

⁵WALSH, Catherine, *op. cit.*, p. 178.

causas que implican un cuestionamiento de la ley, pues ésta ya no es la única ni suprema fuente del derecho ni resulta suficiente para la resolución de los conflictos por parte de la autoridad jurisdiccional, que tendrá que acudir a normas de diferentes niveles de gobierno, a la jurisprudencia y a las normas de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos pero además y, esto es lo fundamental, está obligado a contrastar todas esas disposiciones legales con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, aplicando, además, los criterios de interpretación constitucionalizados tratándose derechos humanos y fundamentales; pues bajo el nuevo diseño constitucional, el derecho es válido por su conformidad con la norma fundamental y las normas del bloque de constitucionalidad. **En síntesis, el cambio de enfoque en la aplicación del derecho supone la adopción de nuevas metodologías para la interpretación de las normas jurídicas y la argumentación jurídica.**

1.2. La interpretación y argumentación jurídica en el Estado legislado de Derecho

Para poder comprender a cabalidad los cambios de enfoque en la aplicación del derecho, es necesario hacer referencia a la interpretación y argumentación jurídica en el Estado legislado de Derecho o, si se quiere, al rol del órgano judicial en dicho modelo de Estado.

Para ello es pertinente señalar que entre los cambios trascendentales que supone el Estado Constitucional, se encuentra el considerar a la Constitución Política del Estado como una norma jurídica y, por tanto directamente aplicable, así como el proceso de positivización y judicialización de los derechos humanos; aspectos que redimensionan la figura del juez, pues tiene que someter a control permanente las disposiciones legales a aplicar, para determinar su compatibilidad con la norma suprema y las normas del bloque de constitucionalidad; análisis que no realizaban las autoridades judiciales en el Estado legislado de derecho.

Efectivamente, en el Estado legislado de derecho, la Constitución Política del Estado tenía un carácter declarativo, cuyas normas debían ser desarrolladas por el legislador, que era el representante de la soberanía popular y, en ese sentido, “las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían

Bajo la lógica del positivismo jurídico, el derecho es concebido como “un sistema, completo, autosuficiente y exento de contradicciones. Es decir un sistema que hiciera posible, mediante un sencillo procedimiento lógico deductivo, entrar la solución prevista en la Ley para cada cuestión que se plantea. En otras palabras aplicar el Derecho significa *subsumir* cada problema jurídico en la norma adecuada”. (Talavera, Pedro, *Interpretación, integración* y

eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y el alcance que la ley les diera, en absoluto supusieron un límite al poder legislativo”⁶.

Así, de acuerdo a Ferrajoli⁷, en el Estado Legislado de Derecho, el principio de legalidad es el parámetro para identificar el derecho válido, con independencia de su valoración como justo. Las normas jurídicas valen, por haber sido “puestas” por una “autoridad de competencia normativa”⁸, lo que repercute en la concepción que se tenía –y aún se tiene en muchos sectores- respecto a la ciencia jurídica, como una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto, que es el derecho positivo; de ahí que la doctrina se ocupe de realizar comentarios y explicaciones a las disposiciones legales, a la ley, al derecho puesto por el Legislativo. En el ámbito de la jurisdicción existe un sometimiento al principio de legalidad como única fuente de legitimación de su actuación y, en ese ámbito al juez, como se señalara en los anteriores Módulos era concebido como mero aplicador de la ley, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”⁹; concepción que se explica a partir de las consecuencias, en dicho modelo, de la preponderancia del principio de legalidad y división de poderes.

Bajo este modelo, la actuación de la autoridad judicial será legítima “en la medida en que pueda verse como exacta aplicación de la ley”¹⁰; esto se encuentra relacionado con el principio de independencia judicial, por cuanto se concebía que su independencia sería mayor si aplicaba con exactitud la ley¹¹, sin cuestionamientos vinculados a la conformidad de dicha Ley con la Constitución Política del Estado.



El imperio de la ley propicia entonces una concepción formal -legalista del Derecho¹² que reduce la actividad del juzgador a la mera aplicación de reglas jurídicas¹³, bajo la metodología del silogismo jurídico y la subsunción; reglas jurídicas contenidas en Codificaciones en las que se encuentra la voluntad positiva del legislador, a través de un lógica estructuración y sistematización, bajo las ideas, propias del positivismo jurídico como teoría¹⁴, de **unidad**, por la cual se excluyen a otras fuentes del derecho, **plenitud**, en el

⁶ TALAVERA, Pedro, “Interpretación y Argumentación Jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008, p. 17.

⁷ FERRAJOLI Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.

⁸ *Ibid.*

⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. 9ª ed. Ed. Porrúa, 1992. Libro XI, cap. vi, pp. 104-110.

¹⁰ TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 17.

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 22. También, TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 18.

¹² *Ibid.* p. 26.

¹³ La explicación sobre las reglas jurídicas se ha efectuado en el Módulo “Principios y valores en la administración de justicia”.

¹⁴ El positivismo puede ser concebido desde un triple enfoque: a. Metodológico, según el cual no existe conexión necesaria entre derecho y moral y, por ende, una regla es derecho positivo aunque sea incompatible con la justicia y la moral; b. Ideológico: según el cual existe el deber de obedecer las reglas jurídicas cualquiera sea su contenido, y c: Teórico, según el cual el derecho es la voluntad del Estado o del soberano y, por tanto, la fuente genuina del derecho es la legislación, siendo la costumbre o la jurisprudencia meras fuentes secundarias,

entendido que todos los supuestos podrían encontrar solución en sus normas o aplicando los mecanismos permitidos por la propia ley, como la analogía; y la **coherencia**, por concebir que las disposiciones carecían de contradicciones o antinomias¹⁵.

Los principios y la interpretación de las reglas jurídicas

Tanto las reglas jurídicas como los principios son normas jurídicas, porque ambas establecen lo que es debido¹⁶, ambas contienen una prohibición, una permisión, un mandato; sin embargo, se trata de dos tipos de normas diferentes: Los principios son mandatos de optimización, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en tanto que las reglas sólo pueden ser cumplidas o no¹⁷, es decir que si una regla es válida debe hacerse lo que la misma señala, son mandatos definitivos¹⁸; las reglas, generalmente, contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, y cuando se tiene cumplido el supuesto fáctico, se produce la consecuencia jurídica, siendo la subsunción la forma típica de la aplicación de las reglas jurídicas. Los conflictos entre reglas puede solucionarse a través de los principios del derecho, como el principio de jerarquía normativa, el principio cronológico (ley posterior deroga a la anterior) o de especialidad (la ley especial prima sobre la general); lo que no sucede cuando existe conflicto entre principios, por cuanto en estos casos tienen igual jerarquía y, por lo mismo es imprescindible que el juzgador efectúe una labor de ponderación entre principios.

Los principios, en virtud a su función orientadora del ordenamiento jurídico, se constituyen en parámetros para la interpretación de las reglas jurídicas; pues éstas deben estar armonía con los fundamentos de nuestro sistema constitucional y, en ese sentido, debe ser comprendida la afirmación del neoconstitucionalismo que sostiene que se deben aplicar más principios que reglas jurídicas, y así lo entendió la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en la SCP 112/2012, que al hacer referencia a la labor de los jueces en el modelo de Estado Constitucional, Plurinacional e Intercultural, señaló:

“... la Constitución de 2009, si bien es norma jurídica, no puede ser comprendida únicamente sólo de manera formal. Esto significa que no puede ser concebida sólo como un conjunto de normas (modelo descriptivo de Constitución como norma), a partir de un “concepto de Constitución (como norma) simplemente documental”, con las denominaciones de “constitución formal” o incluso de “constitución en sentido formal”, cuya primacía simplemente se sustente y esté distinguida de las otras leyes por alguna característica formal (por ejemplo, los procedimientos más complicados de producción, revisión y derogación). Por cuanto, lo que esencialmente diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes, es que las

y que todo el ordenamiento jurídico es un **todo coherente, unitario y pleno**. BOBBIO, Norberto, *Sobre el positivismo jurídico*, cit, por PÉREZ JARABA, María Dolores, “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10/2010 (Segunda Época), ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España) Versión electrónica: rej.ujaen.es., p. 2 y ss.

¹⁵ TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios políticos constitucionales, Madrid, 2008, pág. 65.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 68.

¹⁸ ALEXY Robert, *El concepto y validez del derecho*, *op. cit.* pág. 162.

primeras son prevalentemente normas constitucionales-principios (entiéndase por ello a la pluralidad de valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales) y supletoriamente normas constitucionales-reglas.

Las normas constitucionales-principios, establecidos en la Constitución, son las que influirán en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) y no viceversa, o lo que es lo mismo, las segundas y terceras deben adaptarse a las primeras para que exista coherencia del sistema, en razón a que -como sostiene Gustavo Zagrebelsky- “sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir ‘constitutivo’ del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”.

Si esto es así, en la construcción judicial del nuevo derecho boliviano antes de mirarse a las normas constitucionales-reglas o las normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) no debe perderse de vista a las normas constitucionales-principios. Estas últimas con ojos de constructor jurídico, por cuanto si bien están formuladas de modo expreso en la Constitución, verbigracia el caso de los principios ético-morales de la sociedad plural (art. 8.I de la CPE), los valores del Estado plurinacional (art. 8.II de la misma norma), etc., tarea que ya la hizo el legislador constituyente de composición plurinacional, ello no quita que pueden ser desarrollados, judicialmente a partir de su texto, como labor que ahora le compete a los jueces en sus diferentes roles. Al Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía, a los jueces y tribunales de garantías, como jueces constitucionales y a los jueces y tribunales de la pluralidad de jurisdicciones como garantes primarios de la Constitución.

Las normas constitucionales-principios en la Constitución del 2009, representa un verdadero quiebre de Constituciones con pretensiones de homogeneidad (Estado legal de Derecho), o Constituciones integracionistas (Estado social de Derecho), para afirmar que estamos ante la presencia de una Constitución plural (Estado Constitucional de Derecho).

Las normas constitucionales-principios en la Constitución boliviana, son la pluralidad de valores, principios, derechos fundamentales no sólo individuales (liberales y sociales) sino un amplio catálogo de derechos y garantías, principios y valores plurales y colectivos que la Constitución representa como un pacto de postulados distintos y hasta veces contradictorios, pero que al final deben coexistir. En esta situación se requiere más ponderación que subsunción, que transforme las promesas constitucionales en realidades constitucionales”.

En el Estado Legislado, las reglas jurídicas deben ser aplicadas por el juzgador bajo un lógica deductiva que se centra en el silogismo jurídico, y sólo en algunos supuestos referidos a la oscuridad de la ley o imprevisiones normativas, se recurre a la labor interpretativa pero únicamente destinada a la reconstrucción de la ley bajo los criterios que ella misma ha establecido. Bajo lo señalado, es evidente que la actividad judicial estaba limitada “a la traslación mecánica de lo previsto en el texto legal del caso concreto que debe ser

enjuiciado. La aplicación del derecho no es más que el paso necesario de lo abstracto –la norma- a lo concreto –los problemas reales. Los jueces (...) sólo deben realizar una tarea ‘lógico-deductiva’ entre el precepto y el supuesto fáctico... en la aplicación del Derecho, pues no se produce una decisión jurídica. La única decisión jurídica existente es la que adoptó el legislador al formular la norma”¹⁹.

Efectivamente, el razonamiento de aplicación de los preceptos jurídicos, estuvo enmarcado en el silogismo jurídico, donde 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 derecho²⁰, es decir, la subsunción, entendida como “*el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley ... El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador*”²¹.

A manera de conclusión de este punto, citamos el texto de Zagrebelsky, extractado del Derecho Dúctil²², que resume la concepción del positivismo jurídico y el Estado legislado de Derecho:

Positivismo jurídico y Estado de derecho legislado

“La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el “positivismo jurídico” como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Una “ciencia del derecho” reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era, pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.

Pero esta vocación de la ciencia del derecho es la que ha sido mantenida por el positivismo acrítico en el curso del siglo XIX– aun cuando existe distancia entre esta representación de la realidad y la realidad misma –y todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 41.

²⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, S.A., Argentina, 1977, p. 321.

²¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 285.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, 7ª ed., 2007, p. 33.

REFLEXIONO

- ❖ ¿Por qué el principio de legalidad y el positivismo jurídico está en crisis?
- ❖ ¿Cuál es la respuesta a la crisis?
- ❖ ¿Es suficiente el silogismo jurídico para resolver los variados y complejos casos que se presentan actualmente? ¿Cuáles son los nuevos elementos que debe considerar la o el juzgador?

Nota: Estas preguntas forman parte del proceso de aprendizaje, pero no serán sujetas a evaluación.

I.3. La interpretación y la argumentación jurídica en el Estado Constitucional Plurinacional

En el marco de los Estados Constitucionales, cuyas características comparte Bolivia, se hace referencia a una nueva teoría del derecho que se funda en diversos criterios²³ que tienen que ver, fundamentalmente, con la labor del juez, que se convierte en la figura central a la hora de solucionar los conflictos puestos a su conocimiento, en los que debe tener presente a la Constitución en todos los problemas jurídicos (constitucionalización del ordenamiento jurídico, en términos de Guastini²⁴). Prieto Sanchis, resume los rasgos más sobresalientes de esta nueva teoría del Derecho en los siguientes términos²⁵:

“(1) más principios que reglas, (2) más ponderación que subsunción; (3) 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; (4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, (5) 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”

En ese sentido, en el Estado Constitucional existe un nuevo enfoque en la aplicación del derecho, en el que la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad irradian su fuerza normativa y, por ende, las autoridades jurisdiccionales están obligadas a cambiar su metodología jurídica, considerando los principios, valores, derechos y garantías en la interpretación de las disposiciones legales, pero además,

²³ Para ampliar sobre los criterios, consúltese: PRIETO SANCHIS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Derechos fundamentales neconstitucionalismo y ponderación judicial* Luis Palestra Editores, Lima, 2002, p. 121.

²⁴ Ver: GASTINNI, Ricardo, *Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano*.

²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *op. cit.*, pp. 207-209.

efectuando la ponderación de los mismos cuando se encuentren en colisión, dada la pluralidad de valores existentes.

Así, la autoridad jurisdiccional antes de aplicar las disposiciones legales, tiene que someterlas a control permanente, con la finalidad de determinar su compatibilidad con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad; pues recordando a Ferrajoli²⁶, el tránsito del Estado legislado de derecho al Estado Constitucional, supuso que las 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.

En el Estado constitucional, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico proviene del respeto a los principios y valores constitucionales plurales.

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.

Los factores descritos generan “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”²⁷ y, en ese sentido, el Estado Constitucional plantea un consenso general sobre aspectos esenciales de convivencia política y social, por encima de fuentes normativas diversas y de los intereses particulares de cada grupo, consenso que se materializa en los principios, valores y derechos reconocidos recogidos en la Constitución. Así, la **unidad y coherencia** del ordenamiento jurídico ya no provienen de la “racionalidad universal” del legislador, sino de que la ley respete dichos principios y valores de la sociedad plural, que deben convivir y armonizarse,

²⁶ FERRAJOLI Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, op. cit.

²⁷ TALAVERA, Pedro, op. cit., p. 30.

siendo fundamental la labor de ponderación que debe realizar el juzgador, de ahí su protagonismo en el Estado Constitucional²⁸.

1.4. La importancia de la interpretación y la argumentación jurídica en las resoluciones en la función judicial

Conforme a lo señalado precedentemente, la autoridad judicial, en nuestro modelo de Estado Constitucional, está sometida a la pluralidad de leyes y de normas, pero fundamentalmente a la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad; en otras palabras debe tomar en cuenta las razones de las normas o leyes provenientes de diferentes niveles y de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, con la razones de la Constitución Política del Estado; en ese ámbito, la autoridad jurisdiccional, debe desplegar una labor argumentativa coherente no sólo vinculada a problemas sobre la **relevancia** de las normas, aplicando los principios cronológico, de especialidad jerárquico y también, de acuerdo a nuestro modelo autonómico y el principio de pluralismo jurídico, competencial, sino que también deberá interpretar las normas jurídicas a partir de los principios, valores, derechos y garantías y, en su caso, efectuar la ponderación de caso de colisión de dicha normas-principios.

En el Estado Constitucional, la legitimidad de la autoridad judicial reside en que sus decisiones sean conforme a la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, pero además, que se encuentren justificadas racionalmente, que tengan una rigurosa argumentación jurídica y que se encuentren justificadas tanto

Esta labor, como se ha señalado, indudablemente supone alejarse de la concepción y metodología positivista de aplicación del derecho, en la que prima la ley y el silogismo jurídico, propia del Estado Legislativo, pues la autoridad judicial debe aplicar las normas principios constitucionales, los cuales, siguiendo a Alexy, son mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, y se caracterizan, precisamente, porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; posibilidades

que se determinan por los principios y reglas opuestas²⁹.

En ese sentido, las normas principios contenidos en la Constitución, tienen carácter abierto y están impregnadas de valoraciones y por ende, cuando se recurre a ellas para fundamentar una decisión judicial, la actividad argumentativa de la autoridad jurisdiccional debe ser mayor, por cuanto las normas principios no tienen la estructura de una regla

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Texto correspondiente al módulo de Principios y Valores en la Administración de Justicia.

jurídica, y sólo ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible –lo que supone una labor de justificación- a diferencia de las reglas jurídicas que son normas que pueden ser cumplidas o no³⁰.

En virtud a lo anotado, la doctrina considera que el juez, en el Estado Constitucional, está dotado de un “enorme poder”³¹, pues en muchos casos, al efectuar una interpretación conforme con la CPE y las normas del bloque de constitucionalidad, sus decisiones pueden desmarcarse del principio de legalidad, lo que indudablemente, puede generar tensiones con el órgano legislativo y con el principio democrático que le sirve de base y fundamento; así, se señala que “el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a 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”³²

No obstante esa evidente tensión, es cierto que el resguardo del principio de constitucionalidad y la primacía de los derechos humanos, como rasgos características del Estado Constitucional, obligan al juez a aplicar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad e interpretar las disposiciones legales conforme a ellas³³. En ese sentido, Luigi Ferrajoli, desde el garantismo³⁴, señala:

“Cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces –incluso aún menos para los jueces –una obligación jurídica de aplicarlas (...) Ni siquiera es relevante que (la ley) no hay sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en ocasiones anteriores: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento (...) Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad (...) en nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que, por obvias razones de certeza (...) asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción sólo es relativa y basta, para superarla, la valoración crítica del juez mismo que, en vez de aplicar, objeta su invalidez”.

³⁰ ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pág. 68.

³¹ TALAVERA, Pedro, op. cit, p. 34

³² GAZCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, op. cit. p. 28.

³³ Marina Gascón y Alfonso García señalan que “el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter supramayoritario o supralegal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función”. GAZCÓN ABELLÁN, Marina, GARCÍA, Alfonso, op. cit. p. 27

³⁴ El garantismo puede ser utilizado, de acuerdo a Ferrajoli, bajo tres acepciones: como doctrina de filosofía política, como modelo de derecho, como teoría jurídica, en esta última acepción, el garantismo reclama una función crítica y valorativa con relación a la ley, a fin de evitar su “eficacia precaria en el ordenamiento jurídico”, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, cit. por GAZCÓN ABELLÁN, Marina y García, Alfonso, op. cit., p. 39.

Zagrebelsky, a partir de la pluralidad de principios y de las exigencias de los casos concretos, plantea también soluciones judiciales que, en determinados casos pueden sobrepasar los límites de la ley, pero que se justifican si se considera que los jueces son los guardianes de la Constitución y de la justicia material. Así, el juez sólo estaría vinculado a la ley **si la solución aportada al caso concreto** es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional, pues de ser así, puede sortearla³⁵. Léase a continuación la afirmación de Zagrebelsky³⁶:

Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida.

Entonces, se concluye que la actuación de la autoridad jurisdiccional no puede ser otra que crítica y valorativa de las disposiciones legales a aplicar; empero, en mérito a que se otorga al juez un gran poder dispositivo de censurar las leyes³⁷ debe señalarse que dicha actuación debe contener la suficiente justificación –interna y externa- y, en ese sentido, debe contener una rigurosa argumentación jurídica, ello con la finalidad de “no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante; pues si el juez ya no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario”³⁸.

Lo señalado es fundamental, pues sólo cuando existe una adecuada argumentación, tanto normativa como fáctica, es posible demostrar que la decisión judicial no es arbitraria. La tarea argumentativa, conforme se verá, alcanza a: **1.** La premisa normativa, es decir a las disposiciones legales que se aplicarán al caso concreto y que, en numerosos casos **requieren de interpretación** y, por lo mismo, los argumentos interpretativos deben estar adecuadamente expresados en la resolución judicial; en el mismo sentido, si existe una colisión de principios, el argumento ponderativo debe estar adecuadamente desarrollado; **2.** La premisa fáctica, es decir los hechos, su valoración y su calificación jurídica deben estar debidamente explicados, y, en ese sentido, la autoridad jurisdiccional está obligada a señalar cuál es la valoración otorgada a una prueba, y porqué el hecho concreto merece una determinado calificación jurídica; además, debe considerar los enfoques diferenciales aplicables al caso concreto.

Entonces, la exigencia de justificar una decisión judicial, que además se vincula con la fundamentación y motivación de las resoluciones, debe mostrar el proceso argumentativo

³⁵ *Ibid.*, p. 44.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 134

³⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 40.

³⁸ *Ibid.* p. 46.

que llevó al juzgador a asumir una determinada decisión³⁹, lo que pasa por la **justificación de la interpretación o la ponderación asumida en la resolución judicial**, así como la exposición misma de la argumentación de manera clara y transparente, exponiendo los criterios que se han tomado en cuenta para llegar a una determinada resolución; adicionalmente, es indispensable el **respeto al precedente**, tanto propio como el proveniente de los tribunales superiores, como por ejemplo el Tribunal Constitucional Plurinacional o el Tribunal Supremo de Justicia.

EJEMPLO COMPARATIVO ENTRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA TÍPICA DEL ESTADO LEGISLADO Y DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Cuando a un juez se le somete el conocimiento de un hecho para su resolución, dicha autoridad tiene una idea inicial de la norma jurídica que podría ser aplicada al caso concreto. El hecho, en el transcurso del proceso debe ser probado a través de los diferentes medios de prueba, para que finalmente el juez decida sobre la aplicación de la norma al caso.

Hechos y derecho, pruebas e interpretación, por tanto, se relacionan permanentemente a lo largo del proceso; pues del inicial hecho relatado y sometido a la autoridad jurisdiccional es posible, inicialmente, determinar la aplicación de una norma; posteriormente, de la actividad probatoria efectuada por las partes y los medios de prueba utilizados, el juez decide sobre la aplicación de una norma jurídica; sin embargo, es evidente que dicha aplicación no es mecánica, ni responde únicamente al tradicional silogismo jurídico y la subsunción del hecho a la norma jurídica.

Efectivamente el razonamiento de aplicación de los preceptos jurídicos, estuvo enmarcado en el silogismo jurídico, donde 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 derecho⁴⁰, es decir, la subsunción, entendida como *“el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley ... El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador”*⁴¹. El silogismo jurídico, sin previa interpretación, puede ser explicado con un ejemplo, en el que Juan presenta una acción de libertad alegando lesión al derecho a la libertad por infracción al art. 23.IV de la CPE, conforme a lo siguiente:

Premisa mayor (normativa): El art. 23.IV de la CPE establece que toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier persona, aún sin mandamiento, con el único objeto de conducirla ante la autoridad judicial competente quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de 24 horas.

Premisa menor (fáctica): Juan fue sorprendido en flagrancia, cometiendo un robo, en la comunidad X y fue conducido inmediatamente ante la autoridad originaria de la comunidad, quien lo mantuvo en el salón de reuniones por 24 horas tiempo en el cual la comunidad, de acuerdo a sus normas y procedimientos, decidió aplicarle una sanción.

CONCLUSIÓN: Juan debe ser tutelado en su derecho a la libertad por cuanto no fue conducido ante “la autoridad judicial competente”, conforme manda el art. 23.IV de la CPE.

³⁹ Talavera 51.

⁴⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, S.A., Argentina, 1977, p. 321.

⁴¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 285.

Actualmente, el proceso de aplicación de una norma jurídica, es más complejo, pues, en primer lugar, el lenguaje en que se expresan las normas puede no ser lo suficientemente claro, puede que no exprese realmente la voluntad del legislador, o que la norma analizada en el contexto, de manera sistemática, tenga un contenido diferente; en segundo lugar, puede resultar que la norma que se pretende aplicar, a la luz del caso concreto, no sea coherente con los principios, los valores, derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad; lo que inevitablemente conlleva a afirmar que el juez, al momento de aplicar una norma, necesariamente tiene que efectuar un análisis de la misma para interpretarla a efecto de compatibilizarla con la CPE y el bloque de constitucionalidad.

En ese orden, la interpretación jurídica no sólo se da en los textos oscuros o poco claros, sino en todo momento, pues al aplicar la norma al caso, al dar concreción a las normas jurídicas, caracterizadas por su generalidad, lo que hace el juzgador es interpretar dicha norma, aunque evidentemente, podrá variar el grado de dificultad, atendiendo a la complejidad o dificultad del caso. Efectivamente, las normas están redactadas en términos generales y abstractos y sirven a una variedad de supuestos de hecho, particulares y concretos; de ahí que al aplicar las leyes, se tenga que convertir esa regla general en una norma individualizada, lo que supone aplicar el derecho de la forma más racional, interpretando adecuadamente las normas jurídicas, de acuerdo a los hechos que han sido probados.

De lo señalado se desprende que la labor mecánica del juzgador propia del Estado legislado de derecho, actualmente ya no es concebible, pues, en virtud al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, los jueces, antes de aplicar la norma, y antes de decidir sobre la base de los hechos, deben analizar su conformidad con la CPE y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; sólo así la decisión asumida por el juzgador será razonable y estará plenamente justificada.

Entonces, actualmente, la labor del juez, estriba en justificar racionalmente una decisión, escenario en el cual la interpretación de las normas jurídicas es fundamental por cuanto otorga al juzgador una argumentación razonable que justifica la decisión del caso. La interpretación supone la utilización de diferentes “métodos”, entendidos como caminos para lograr un objetivo, criterios para justificar la decisión jurídica considerada correcta por el juzgador. Estos métodos, y una adecuada valoración de las pruebas, por tanto, otorgan razonabilidad a la decisión del juez y la apartan de la arbitrariedad, además de ser sinónimo de objetividad e imparcialidad.

Así, en el ejemplo antes señalado, la utilización del silogismo jurídico y la conclusión a la que se arribó tendría que ser repensada atendiendo a los siguientes principios y derechos:

- El principio de pluralismo jurídico.
- El principio de interculturalidad y, concretamente, la interpretación intercultural.
- El derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a ejercer su sistema jurídico.
- El derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

ENTONCES:

El problema planteado requiere pues, mínimamente que el juez se formule las siguientes preguntas a partir de los principios constitucionales y los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos:

- ¿Requiere interpretación el art. 23.IV de la CPE?
- ¿Se puede concluir que la autoridad originaria de la comunidad lesionó el derecho a la libertad?
- ¿Qué argumentos tendrían que ser utilizados por el juzgador?
- ¿Cómo tendría que interpretar la norma?
- ¿Es suficiente la subsunción del hecho en la norma?

- ¿El principio de pluralismo jurídico permite que se acepte la restricción del derecho a la libertad al interior del sistema indígena originario campesino?
- ¿El art. 23.IV debe ser interpretado interculturalmente?
- Cuando dicha norma hace referencia a la autoridad judicial competente, ¿también incluye a las autoridades originarias de la jurisdicción indígena originaria campesina?

Este es uno de los problemas que pueden enfrentar los jueces, en especial quienes actúan como jueces o tribunales de garantías y conocen las acciones de defensa previstas en la Constitución Política del Estado; por ello, es indispensable que conozcan la importancia de los principios y valores en la aplicación de las disposiciones legales.

UNIDAD DIDÁCTICA 2

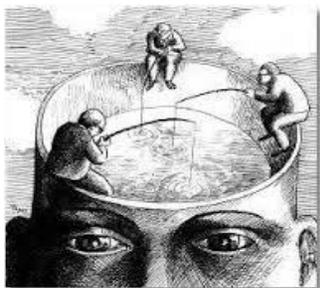
UNA APROXIMACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.1 Introducción

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

En ese sentido, la capacidad argumentativa de las y los jueces, marca el límite entre una decisión arbitraria y una decisión adecuadamente justificada, así como la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es; pues el primero, otorgará buenas razones a favor de una forma de aplicar el Derecho⁴². Por ello, es indispensable, en la presente unidad, que nos aproximemos a una definición de argumentación jurídica, analizando las diferentes concepciones sobre la misma.

2.2. Una aproximación a la definición de argumentación jurídica



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

Partiendo de la definición de argumentación antes referida, se puede señalar que **argumentar jurídicamente consiste en dar razones para la justificación de una decisión vinculada al ámbito jurídico**. De donde se desprende que decidir no es lo mismo que argumentar: “los argumentos, no son las decisiones sino las razones –o cierto tipo de razones-que pueden darse en favor de las decisiones”⁴³.

Esta definición aproximada de argumentación jurídica, como se observa, no se limita al ámbito de la decisión judicial, pues se entiende que los procesos argumentativos jurídicos pueden ser utilizados desde diferentes instancias y órganos y no únicamente desde el

⁴² García Figueroa, Alonso, *op. cit.*, p. 49.

⁴³ ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, pág. 32

ámbito judicial, aunque éste es el que nos interesa en el presente módulo y, por tanto, será desarrollado posteriormente en un tema independiente.

Conforme a ello, y siguiendo a Atienza⁴⁴, es posible señalar que la argumentación jurídica puede ser desplegada en diferentes escenarios, en diferentes momentos. Así, es posible hacer referencia a la **instancia legislativa** en la que los legisladores deben argumentar cuando proponen una ley para el cumplimiento de determinadas finalidades, o cuando deben asumir una decisión respecto a la forma de regular un determinado instituto o resolver un conflicto; por ejemplo, piénsese en la definición de la Asamblea Legislativa Plurinacional sobre el tema del Aborto y la exhortación realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 206/2014:

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

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

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

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

⁴⁴Ibid., también del mismo autor: “El Derecho como argumentación”, p. 80 y ss. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1695/4.pdf>.

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

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

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

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

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

o el juzgador deberá considerar al momento de resolver el caso.

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

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

En síntesis, como anota Atienza, no hay práctica jurídica que no consista en argumentar y, por ende, la teoría del derecho podría construirse en muy buena medida como una teoría de la argumentación jurídica⁴⁵; pero en definitiva, donde cobra mayor importancia esta labor es en la argumentación judicial, pues son, en definitiva, las autoridades jurisdiccionales, quienes resuelven las controversias que se les plantean; deciden sobre la base de la argumentación planteada por las partes, interpretan las disposiciones legales, las someten a control de constitucionalidad, juzgan los actos y resoluciones administrativas y se sustentan en las interpretaciones realizadas por la dogmática jurídica.

2.3. Contexto del descubrimiento y de la justificación

Este punto está íntimamente relacionado con la justificación de las resoluciones que será abordado posteriormente; sin embargo, por el momento, es necesario adelantar que en el análisis lógico del razonamiento jurídico surge la imperiosa necesidad de distinguir los contextos de descubrimiento y justificación⁴⁶. Esta distinción, siguiendo a Atienza, procede del ámbito de la teoría de la ciencia, pero se ha trasladado al campo de la argumentación jurídica, y en concreto, al de la decisión judicial; en ese sentido, la teoría estándar de la argumentación jurídica, reduce el estudio de la argumentación al contexto de la justificación⁴⁷.

La distinción, en el ámbito de la ciencia, estriba entre lo que son criterios de validación de una teoría científica (contexto de justificación) y el proceso por el cual se descubre una determinada teoría (contexto del descubrimiento). Así, se trata de delimitar el análisis lógico de una teoría científica (justificación) y las investigaciones empíricas de carácter psicológico, sociológico o histórico (descubrimiento). En síntesis, se señala que la forma en que se produjo el descubrimiento no tiene relación con la cuestión de si la teoría o hipótesis resulta o no científicamente aceptable, aplicándose a estas las reglas del método científico, pero no al contexto del descubrimiento⁴⁸.

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

⁴⁵ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 80.

⁴⁶ H. Reichenbach fue quien efectuó la distinción entre el contexto de descubrimiento y justificación en las teorías científicas, señalando que el contexto de descubrimiento integra las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, en nuestro caso, una resolución judicial, a su vez el contexto de justificación integra el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión.

⁴⁷ ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, op. cit., p. 51.

⁴⁸ *Ibid.* p. 52.

centra en la argumentación como resultado, en el paso, por ejemplo de la premisa fáctica y normativa correspondiente a una conclusión (...) no en cómo se pasa de las premisas a la conclusión, sino en si un determinado paso es o no lógicamente correcto”⁴⁹

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

2.4. Las razones explicativas y las razones justificativas

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

De esta forma, en el marco de lo señalado en el anterior punto, las razones podrán ser explicativas o justificativas. Así a través de las primeras se buscará establecer cuál la causa o motivo para tomar determinada decisión y cual la finalidad u objetivo que se perseguía, en cambio las razones justificativas tienen como finalidad lograr que dicha decisión sea aceptable o correcta⁵⁰. Así, acudiendo al ejemplo que el citado autor señala, tendríamos lo siguiente:

Razones explicativas

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

Razones justificativas

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

En el ámbito del razonamiento jurídico, Atienza señala que se dan razones justificativas, pero aclara que las razones explicativas tienen un papel importante en la decisión. Así, señala que si bien fundamentar una sentencia significa ofrecer una justificación, no una explicación de la decisión; empero, a partir del silogismo jurídico, en el que una de las premisas es un enunciado empírico (premisa fáctica), se necesita para su establecimiento

⁴⁹Ibid., p. 55.

⁵⁰ ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, op. cit., p. 32.

contar con razones explicativas. **No obstante lo dicho, es evidente que una vez explicado el hecho, son las razones justificativas las que valen en el ámbito del razonamiento jurídico.** Esto se puede graficar con el siguiente ejemplo, que se lo simplifica para una adecuada comprensión:

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

2.5. Concepciones de la argumentación jurídica

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

1. **Un lenguaje:** Argumentar es una actividad lingüística, y el argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados.
2. **Una conclusión:** Que se constituye en el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento.
3. **Una o varias premisas,** es decir, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento, y
4. **Una relación entre las premisas y la conclusión**⁵¹.

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

⁵¹ ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, op. cit., p. 37 y ss.

- a. **Formal:** Según la cual un argumento es producto del encadenamiento de proposiciones. El argumento será deductivamente válido si las premisas son verdaderas; en otras palabras, si las premisas son verdaderas, también lo es la conclusión. Así, la conclusión deriva de un conjunto de enunciados (silogismo), y la corrección del razonamiento depende de su adecuación a las reglas de la lógica formal.

Bajo esta concepción de la argumentación, se garantiza el paso de las premisas a la conclusión, bajo reglas de carácter formal, que no exigen ingresar a consideraciones respecto al **contenido** de verdad o la corrección de las premisas.

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

La argumentación desde el punto de vista formal y los postulados de la lógica formal serán analizados cuando se haga referencia a la justificación interna de las resoluciones judiciales; sin embargo, es preciso reiterar que el clásico silogismo judicial propio, en los casos difíciles, resulta insuficiente para explicar la labor argumentativa en la aplicación del derecho.

De acuerdo al silogismo jurídico, la premisa mayor está constituida por la norma genérica; la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de dicha norma y la conclusión por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso, las consecuencias del derecho⁵², es decir, la subsunción, entendida como “*el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley ... El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador*”⁵³.

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

⁵² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 20ª ed., Editorial Porrúa, S.A., Argentina, 1977, p. 321.

⁵³ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 285.

- b. Material:** La concepción material de la argumentación, supone la justificación de las premisas, de las proposiciones que derivan en una conclusión. Es indispensable que se otorguen buenas razones para derivar de ellas una decisión; en este sentido, **no se descarta el silogismo judicial, sin embargo, se le da un significado diferente a las premisas que fundamentan la conclusión.** Así, por ejemplo, podría señalarse que la premisa mayor, que contiene la norma a aplicarse, a partir de la interpretación realizada por el juzgador, tenga un sentido normativo distinto al inicialmente previsto en el texto de la disposición legal, de donde podría derivarse que: El texto A debe entenderse como B.

La concepción material de la argumentación puede ser percibida, siguiendo a Atienza⁵⁴, desde la tónica jurídica de Viehweg, para quien lo importante en la argumentación no es la técnica consistente en inferir unas proposiciones de otras (concepción formal, justificación interna), sino el examen de las premisas, para lo que se requiere acudir a los tópicos, que representan los enunciado de contenido, premisas materiales que apoyan la resolución de un problema práctico (concepción material, justificación externa)⁵⁵.

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

En similar sentido, en la concepción del razonamiento práctico de Raz, las premisas son razones para la acción y los modos de resolver los conflictos entre esas razones. También Summers hace referencia a las “buenas razones” que pueden ser clasificadas como razones sustantivas, autoritativas, factuales, interpretativas y críticas⁵⁶.

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

⁵⁴ ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, op. cit., p. 45 y ss.

⁵⁵ De acuerdo a Atienza, la tónica puede ser caracterizada mediante tres elementos que se conectan entre sí. Por un lado, desde el punto de vista de su objeto, es una técnica del pensamiento problemático, desde el punto de vista del instrumento con que opera, es central la noción de topos o lugar común, y finalmente, desde el tipo de actividad, la tónica es una búsqueda y examen de premisas, antes que la conclusión; búsqueda que nunca termina, pues el repertorio de tópicos siempre es provisional. Así los tópicos deben ser entendidos de modo funcional, como orientación e hilos conductores del pensamiento que sólo permitirán alcanzar conclusiones cortas, lo que se contrapone a la lógica demostrativa que trabaja con las premisas y elabora largas cadenas deductivas, op. cit., pág. 33

⁵⁶ *Ibid.*, p. 48.

- c. **Pragmática o dialéctica:** Según este enfoque, la argumentación es un “tipo de acción –o de interacción-lingüística”⁵⁷. Bajo esta concepción, la argumentación, como acto de lenguaje tiene lugar en el contexto de un diálogo con otro o con uno mismo, cuando existe duda o se cuestiona un enunciado; carácter dialéctico que se puede percibir claramente en el ámbito de las decisiones judiciales, donde el juez responde a las pretensiones de una demanda o de un recurso, pero también a las argumentaciones del demandado o el recurrido e, inclusive a los argumentos que él mismo podría plantearse en el desarrollo de la argumentación.

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

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

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

Las tres concepciones de la argumentación son complementarias:

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

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

⁵⁷Ibid., p. 48.

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

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

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

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

Para ejemplificar las diferentes concepciones de la argumentación, acudiremos a la SCP 0827/2013, pronunciada en una acción de libertad en la que el accionante (José) sostuvo que los jueces y vocales demandados rechazaron su solicitud de cesación de la detención preventiva, no obstante que se encontraba detenido por más de treinta y ocho meses sin que la sentencia pronunciada en su contra se encontrara ejecutoriada. Las autoridades judiciales demandadas argumentaron para rechazar la cesación de la detención preventiva que la norma procesal penal contenida en el art. 239.3 del CPP -antes de las modificaciones introducidas por las Leyes 586, 1173 y 1226⁵⁸- no exigían la ejecutoria de sentencia, sino simplemente su pronunciamiento.

De acuerdo a la actuación de las autoridades judiciales demandas, éstas aplicaron la norma antes referida **desde una concepción eminentemente formal**, aplicando el silogismo

⁵⁸ Actualmente, el art. 239, modificado por la Ley 1226 señala:

"Artículo 239. (CESACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES). Las medidas cautelares personales cesarán por el cumplimiento de alguna de las siguientes causales:

(...)

3. Cuando la duración de la detención preventiva exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga;

4. Cuando la duración de la detención preventiva exceda de doce (12) meses sin que se haya dictado acusación o de veinticuatro (24) meses sin que se hubiera dictado sentencia, excepto en delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, trata y tráfico de personas, asesinato, violación a niña, niño, adolescente e infanticidio, narcotráfico o sustancias controladas.

(...)

En el caso de los numerales 3 y 4, la Oficina Gestora de Procesos, a través del buzón de notificaciones de ciudadanía digital, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes correrá traslado a las partes, quienes deberán responder en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas. Con contestación o sin ella, la jueza, el juez o tribunal dictará resolución sin necesidad de audiencia, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, declarando la procedencia, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado, o la improcedencia del beneficio, sin posibilidad de suspensión de plazos.

En los casos previstos en los numerales 2 al 6 del presente Artículo, la jueza, el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan, previstas en el Artículo 231 bis del presente Código.

La cesación de la detención preventiva por las causas señaladas en los numerales 3 y 4 del presente Artículo, dará lugar a la responsabilidad de la jueza, el juez, tribunal o fiscal negligente (...)"

jurídico, sin justificar materialmente las premisas. En ese entendido, se puede reconstruir, de manera sintética el razonamiento judicial efectuado por las autoridades judiciales ordinarias:

APLICACIÓN DE LA NORMA DESDE UNA CONCEPCIÓN FORMAL DE LA ARGUMENTACIÓN	
PREMISA MAYOR	Art. 239 del CPP La detención preventiva cesará: (...) 3. Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia.
PREMISA MENOR	José se encuentra detenido preventivamente por 38 meses, habiéndose pronunciado sentencia en primera instancia, la cual está pendiente de apelación.
CONCLUSIÓN	No corresponde que se disponga la cesación de la detención preventiva a favor de José, por cuanto si bien se encuentra detenido por más de 26 meses, ya se pronunció sentencia condenatoria en su contra.

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

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

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

La Sentencia también señala que de acuerdo a la garantía de presunción de inocencia, el imputado debe ser tratado en todo momento como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad a través

de una sentencia con calidad de cosa juzgada material, y que el art. 116.I de la Constitución introduce un criterio de interpretación favorable cuando exista duda sobre la norma aplicable, al señalar: “...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”.

Sobre la base de dichos argumentos, el Tribunal Constitucional Plurinacional justificó materialmente la premisa normativa, otorgándole al art. 239.3 del CPP un sentido normativo compatible con los principios, derechos y garantías constitucionales, al señalar:

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

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

Aplicación del art. 239 del CPP desde una concepción formal y material de la argumentación	
PREMISA MAYOR	<i>(Disposición legal)</i> El art. art. 239 del CPP señala que la detención preventiva cesará: 3. Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia.
	<i>(Justificación material)</i> Sin embargo, De acuerdo a una interpretación desde y conforme a la CPE y aplicando los criterios de interpretación constitucionalizados, debe entenderse que:
	<i>(Sentido normativo otorgado)</i> La sentencia a la que alude el art. 239.3) del CPP debe encontrarse ejecutoriada (Por lo que es “posible la cesación de la detención preventiva, cuando se sobrepase el plazo de veinticuatro meses, aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia”)
PREMISA MENOR	José se encuentra detenido preventivamente por 38 meses, habiéndose pronunciado sentencia en primera instancia, la cual está pendiente de apelación y, por tanto, no se encuentra ejecutoriada.
CONCLUSIÓN	Corresponde la cesación de la detención preventiva a favor de José, por cuanto se encuentra detenido por más de 26 meses sin que la sentencia pronunciada en su contra se encuentre ejecutoriada.

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

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

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

UNIDAD DIDÁCTICA 3

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

3.1. La justificación interna y externa de las resoluciones

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

Ahora bien, desde la teoría de la argumentación jurídica, tanto Alexy como MacCormick, conforme se ha visto, señalan que, al momento de argumentar las decisiones judiciales, se requiere una justificación interna o de primer orden y una justificación externa o de segundo orden. Así **se dice que un argumento está internamente justificado** si la conclusión puede inferirse de las premisas, lo que supone que esta justificación es de carácter formal

(concepción formal de la argumentación); en tanto que la **justificación externa** hace referencia a la corrección material de las premisas a efecto de resolver, fundamentalmente, los casos considerados difíciles (concepción material de la argumentación). En ese sentido, es posible que existan decisiones judiciales internamente justificadas, es decir que sean lógicas porque la conclusión puede inferirse de las premisas, pero que materialmente no sean correctas, de donde se desprende que se puede afirmar que el argumento estará internamente justificado, pero externamente no.

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

3.1.1. Justificación interna o de primer orden

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

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

En ese orden, la sentencia judicial estará argumentada racionalmente, desde el punto de vista de la justificación interna, si existe reciprocidad lógica entre las premisas y la decisión. Por ende, si dicha relación se presenta de manera adecuada la argumentación ganará en calidad y racionalidad; si no es así, la argumentación jurídica pierde solidez. En este sentido, y tal como señala Wróblewski, una decisión se encuentra justificada internamente si ha sido inferida de las premisas aceptadas por quien toma la decisión según las reglas de la inferencia que él considera válidas⁵⁹ o dicho en palabras de Manuel Atienza, la justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva.⁶⁰

Ahora bien, es evidente que el abordar a profundidad todas las teorías sobre la lógica y su aplicación en los argumentos jurídicos excedería el objeto del texto y del Módulo, sin embargo, es importante precisar que la lógica se ocupa de la justificación interna de los argumentos, no de su explicación o justificación externa, dicho de otro modo a la lógica le

⁵⁹WRÓBLEWSKI J, “Sentido y hecho en el derecho”, *Doctrina jurídica contemporánea*, México DF., 2003.

⁶⁰ ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

interesa cómo deben ser formulados los razonamientos para ser correctos, adoptando un triple sentido:

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

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

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

Ahora bien, la lógica clásica tiene las siguientes características:

- 1. Proposicional:** La lógica se ocupa sólo de proposiciones, que podrían ser definidas, de manera simple como el conjunto de palabras o de signos de los que nos valem para expresar un pensamiento, que están sujetas a negación o afirmación. La proposición puede ser entendida como una oración de la que tiene sentido decir que es verdadera o falsa.
- 2. Deductiva:** Se ocupa de las relaciones de deducibilidad entre proposiciones. Los argumentos son lógicamente correctos si su forma es tal que respeta el “principio de deducibilidad”, de acuerdo con el cual, si las premisas del argumento son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera. Es decir, entre las premisas y la conclusión de un argumento existe una relación de deducibilidad cuando no es posible -sin contradicción- afirmar las premisas y negar la conclusión. Lo que el principio de deducibilidad establece no es que las premisas o la conclusión sean realmente verdaderas, sino que si las premisas son verdaderas (o correctas), la conclusión ha de serlo también.
- 3. Formal:** Para determinar si entre dos proposiciones se dan relaciones de deducibilidad, la lógica no atiende al contenido, sino a la forma, a la estructura del argumento (que viene dada por la función de algunas palabras del lenguaje como "y", "o", etc.)
- 4. Simbólica:** La lógica se sirve de símbolos y variables que sustituyen el significado de las premisas. Así a la lógica le son comunes las reglas de las matemáticas en cuanto a las propiedades conmutativas de los números. De esta forma para la lógica formal no interesa la proposición como tal sino las relaciones que surgen entre las proposiciones.

De esta manera la denominada justificación interna tiene que ver con la validez lógica de las inferencias que llevan de las premisas a la conclusión de la decisión judicial y generalmente es suficiente en la resolución de los denominados casos fáciles que son aquellos en que no

se plantean problemas ni en la premisa fáctica ni en la normativa. Así, justificar internamente significa construir un silogismo, una deducción: lo que justifica la decisión⁶¹.

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

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

Es así que una vez que un juez o un tribunal ha llegado a establecer, por un lado, la premisa normativa, por ejemplo, que quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y; y, por otro lado, la premisa fáctica, X ha cometido un acto de la clase C, existe una justificación interna de la conclusión: X será condenado a la pena Y. Así, como señala Manuel Atienza, justificar en este caso significa que el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido. Quien acepte las premisas debe aceptar también la conclusión; o, dicho de otra manera, para quien acepte las premisas, la conclusión en cuestión está justificada. **A este tipo de justificación, de la que obviamente no puede carecer ninguna decisión jurídica, se le suele llamar justificación interna**⁶².

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

En síntesis, la importancia práctica de la justificación interna proviene de la determinación de las premisas (premise normativa y premisa fáctica) que es necesario realizar para luego verificar, si el paso de ellas a la conclusión tiene lugar de acuerdo a las reglas de la lógica. Estas premisas deben ser presentadas con la mayor claridad posible, explicitando todos los

⁶¹ ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit.

⁶² *Ibid.*

elementos esenciales⁶³ aún en los casos difíciles, pues en estos, si bien se utilizan diferentes argumentos **para la reconstrucción de las premisas normativas y fácticas**; empero, el resultado de dicha reconstrucción, luego será aplicado para resolver el caso y, por lo mismo también en estos supuestos, las decisiones judiciales deben estar internamente justificadas.

3.1.1.1. El principio de universalidad

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

Entonces, **el requisito de universalidad, que está presente tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles** (aunque en éstos de manera implícita), exige que para justificar una decisión normativa se cuente con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio (premis mayor del silogismo judicial), en el sentido que siempre que se den determinadas circunstancias (A,B,C,) debe tomarse una decisión X. Así, el principio de universalidad opera hacia el pasado, pues los casos deben resolverse conforme se decidieron antes, pero también hacia el futuro, pues la misma regla debe ser aplicada a los casos futuros, lo que evidentemente nos permite hacer referencia a la predictibilidad de las resoluciones judiciales, en la medida en que las partes tienen certeza de la forma en que su caso será resuelto en virtud a los precedentes existentes.

En ese entendido, para Atienza, la universalidad implica que el criterio utilizado para construir la premisa normativa o ratio decidendi no puede ser ad hoc: “Si, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N’, es porque esa fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C”⁶⁴.

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

⁶³ Para Alexy en la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente. Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación*, op. cit., pp. 221-222.

⁶⁴ ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit.

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

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

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD



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



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

3.1.2. Justificación externa o de segundo orden

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

3.1.2.1. Los problemas que se presentan en los casos difíciles

Se ha señalado en el presente texto que MacCornick destaca cuatro problemas o insuficiencias graves que aquejan a los casos difíciles que únicamente pretendieran fundamentarse en la lógica deductiva. Estos problemas pueden estar vinculados a la premisa normativa, en cuanto a la relevancia e interpretación de la norma, o a la premisa fáctica referida a la prueba y a la calificación de los hechos; añadiendo, además, la necesidad de aplicar enfoques diferenciales, que se utilizan para el análisis de casos en los que intervienen personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria.

3.1.2.1.1. Problemas de relevancia

Los problemas de relevancia se presentan cuando existen dudas sobre cuál es la norma aplicable a un caso; es decir cuando existen lagunas o antinomias normativas. En el primer

caso, es decir **lagunas normativas**, los casos o conductas no se hallan reguladas por el Derecho, en otras palabras, no existe ninguna norma que contemple expresamente el supuesto de hecho que debe ser decidido o resuelto, por lo que la autoridad jurisdiccional deberá preguntarse sobre si cabe una argumentación analógica, es decir si cabe la aplicación de una disposición legal a un supuesto de hecho no previsto por ella.

El argumento analógico, también denominado a pari o a simili, puede ser considerado como un argumento de la interpretación extensiva pues se basa en hacer no una interpretación literal o estricta de la ley, sino extensiva⁶⁵. Para la aplicación analógica es fundamental encontrar la “identidad de razón” que permite fundar la aplicación de las consecuencias jurídicas de la norma a un caso diferente pero parecido⁶⁶.

En estos casos, corresponde argumentar por qué el supuesto no regulado puede ser incluido en el “**círculo de semejanza**” del supuesto de hecho contemplado en la norma; una vez que se encuentra justificado este extremo, y que se ha identificado la norma que será aplicada por analogía, la misma puede ser aplicada para resolver el caso y, en ese sentido, “la justificación interna ya puede desplegar toda su fuerza lógica deductiva”⁶⁷.

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

El Tribunal Constitucional, antes de resolver el caso, previamente se preguntó respecto al alcance de la protección contenida en el art. 21 de la CPE abrogada que establecía que “Toda casa es un asilo inviolable, de noche no se podrá entrar en ella sin consentimiento del que la habita, y de día sólo se franqueará la entrada a requisición escrita y motivada de autoridad competente, salvo el caso de delito 'in fraganti'”⁶⁸.

Posteriormente, el Tribunal se preguntó si resultaba necesaria o no la orden judicial de allanamiento para ingresar a una habitación de hotel destinada a facilitar el albergue temporal de las personas y, en ese sentido, aplicar la norma contenida en el art. 18o del CPP⁶⁹.

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

⁶⁵ GASCÓN, Marina, *La argumentación en el Derecho*, op. cit., p. 202 a 203.

⁶⁶ TALAVERA, Pedro, op. cit., p. 233.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Similar redacción tiene el art. 25 de la actual Constitución Política del Estado, que su párrafo I señala: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones en todas sus formas, salvo autorización judicial”.

⁶⁹ El art. 18o (Allanamiento de domicilio), señala: “Cuando el registro deba realizarse en un domicilio se requerirá resolución fundada del juez y la participación obligatoria del fiscal.

Queda prohibido el allanamiento de domicilio o residencia particular en horas de la noche, éste únicamente podrá efectuarse durante las horas hábiles del día, salvo el caso de delito flagrante. Se entiende por horas de la noche el tiempo comprendido entre las diecinueve horas y las siete del día siguiente.

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

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

Este razonamiento puede graficarse de la siguiente manera, comparando la norma constitucional (abrogada) inicial junto a su aplicación meramente silogística **(A)** y la nueva norma creada por el Tribunal y su aplicación en un silogismo reconstruido **(B)**:

Opción A	Opción B
PM o PN ⁷⁰ : Art. 21 de la CPE abrogada: “Toda casa es un asilo inviolable, de noche no se podrá entrar en ella sin consentimiento del que la habita, y de día sólo se franqueará la entrada a requisición escrita y motivada de autoridad competente, salvo el caso de delito ‘in fraganti’”.	PM o PN: A las habitaciones de hotel, donde las personas desarrollan su vida íntima, se aplica la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio (prevista en el art. 21 de la CPE abrg.), por tanto, de noche no se podrá entrar en ella sin consentimiento del que la habita, y de día sólo se franqueará la entrada a requisición escrita y motivada de autoridad competente, salvo el caso de delito “in fraganti”
PMen, PF ⁷¹ : La habitación del hotel donde “Juan” se hospedaba fue requisada sin su consentimiento, recabando únicamente la autorización del propietario	PMen, PF “La habitación del hotel donde “Juan” se hospedaba fue requisada sin su consentimiento, recabando únicamente la autorización del propietario.
Conclusión: Se deniega la tutela porque la protección constitucional prevista en el art. 121 de la CPE abrg. no alcanza a las habitaciones de hotel, sino sólo a las casas	Conclusión: Se concede la tutela porque para ingresar a una habitación de hotel y efectuar la requisa correspondiente, es exigible una orden de allanamiento emitida por autoridad judicial competente.

Demás está señalar que el resultado de la analogía debe ser compatible con los valores, principios, derechos y garantías (normas-principios, de acuerdo a la SCP 112/2012) de la Constitución y las normas del bloque de constitucional.

Ahora bien, otro problema de relevancia se da, como se tiene señalado, tratándose de **antinomias**, que se presentan cuando dos normas del sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible y, en ese sentido, la antinomia equivale a inconsistencia o contradicción⁷². La autoridad jurisdiccional, en estos casos, debe

⁷⁰ PM o PN, hace referencia a la Premisa Mayor (PM) o Premisa Normativa (PN)

⁷¹ PMen o PF, hace referencia a la Premisa Menor (PMen) o Premisa Fáctica (PF)

⁷² GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 125.

decidir cuál es la norma aplicable al caso, recurriendo para el efecto a los tradicionales criterios de resolución de antinomia, como el criterio cronológico (la ley posterior deroga a la anterior), el jerárquico (la norma de rango superior prevalece con relación a la inferior), el de especialidad (la norma especial prevalece sobre la general)⁷³ y el de competencia, que expresamente se encuentra previsto en el art. 410 de la CPE que, al hacer referencia al principio de jerarquía normativa, señala que “la aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, **de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales**”.

Los criterios: jerárquico, de especialidad y competencial, se encuentran específicamente previstos en el art. 15.I de la Ley del Órgano Judicial (**Aplicación de las normas constitucionales y legales**); además, de manera expresa hace referencia al principio de favorabilidad como criterio de interpretación de los derechos humanos, en el marco del art. 256 de la CPE, al que deben añadirse los principios de progresividad (art. 13 de la CPE) y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, conforme al siguiente texto:

Artículo 15. (APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES).

- I. El Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general.
- II. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.
- III. La autoridad jurisdiccional no podrá alegar falta, oscuridad, insuficiencia de la ley o desconocimiento de los derechos humanos y garantías constitucionales para justificar su vulneración.

Efectivamente, el primer y segundo párrafo del art. 15 antes citado contempla el **principio jerárquico**, así como el competencial. En virtud al primero, si una ley, por ejemplo, es claramente contraria a la CPE, corresponderá aplicar la norma fundamental con preferencia a la Ley, sin que ello implique declarar su inconstitucionalidad o invadir competencias del Tribunal Constitucional Plurinacional; sino resolver una antinomia aplicando el principio jerárquico, al caso concreto.

Por ejemplo, si la Asamblea Legislativa sanciona una ley que dispone la aplicación de la pena de muerte a violadores de niños, niñas y adolescentes, dicha norma es claramente contraria al art. 15.I de la CPE que expresamente señala que “**No existe la pena de muerte**”, así como al art. 4.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que

⁷³TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 233.

establece: “3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”; consecuentemente, corresponderá en el caso concreto, reconstruir la premisa normativa del silogismo a partir del principio jerárquico, imponiendo la sanción máxima de 30 años sin derecho a indulto; pues esta es la sanción máxima de acuerdo al art. 118 de la CPE.

Este entendimiento puede graficarse de la siguiente manera, comparando la aplicación meramente silogística de la hipotética ley (A) y su reconstrucción frente a la antinomia con la Constitución Política del Estado (B), reconstrucción que para el ejemplo se reduce a lo esencial:

Opción A	Opción B
<p>PM o PN: (Ley Hipotética 101/2022) El que violare a una niña, niño o adolescente, será sancionado con la pena de muerte.</p>	<p>PM o PN: Si bien la Ley Hipotética 101/2020 establece que quien violare a una niña, niño o adolescente será sancionado con la pena de muerte; sin embargo, dicha norma es contraria a lo expresamente dispuesto por el art. 15 de la CPE que señala que en Bolivia “no existe la pena de muerte; así como a lo previsto por el art. 4.3. de la CADDHH que señala que “No se reestablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”; consecuentemente, corresponde la aplicación del principio jerárquico en el caso presente, concluyéndose que, a partir de lo dispuesto en el art. 118 de la CPE, la violación a niño, niña o adolescente debe ser sancionada con la pena de 30 años sin derecho a indulto, por ser la máxima pena permitida por nuestra Constitución Política del Estado.</p>
<p>PMen o PF: Juan violó a la adolescente X</p>	<p>PMen o PF: Juan violó a la adolescente X</p>
<p>Conclusión: Juan debe ser sancionado con la pena de muerte.</p>	<p>Conclusión: Juan debe ser sancionado con la pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto.</p>

El art. 15 de la LOJ antes citado, también hace referencia al **principio de especialidad**, cuando establece que “la Ley especial será aplicada con preferencia a la Ley general”. Como sostiene Guastini, el principio de especialidad se alega en presencia de normas generales y normas excepcionales, pues sólo una norma de este último tipo, derrota a una norma general⁴⁰.

El principio de especialidad ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la **SCP 721/2018-S2** de 31 de octubre, pronunciada dentro de una acción de libertad en la que el accionante denunció la vulneración de sus derechos a la libertad, al debido

proceso y al principio de celeridad, por cuanto dentro de un proceso penal por violencia en razón de género, una vez emitida la Sentencia que lo condenó a tres años de privación de libertad, solicitó la solicitud de suspensión condicional de la pena que no fue resuelta hasta el momento de interposición de la acción de defensa, lo que impidió la emisión del mandamiento de libertad a su favor.

⁴⁰ Guastini, Ricardo, *op.cit.*, p. 129 y ss.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, si bien concedió la tutela solicitada por el accionante por la dilación ocasionada por la autoridad judicial demandada; sin embargo, efectuó su análisis advirtiendo la existencia de una antinomia entre: **(a)** El art. 366 del CPP que establecen la posibilidad de aplicar la suspensión condicional de la pena cuando la persona hubiere sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración, y que el condenado no hubiere sido objeto de condena anterior por delito doloso en los últimos cinco años, y **(b)** El art. 76 de la Ley 348 que establece la aplicación de **sanciones alternativas** en los delitos de violencia hacia las mujeres, siempre que el autor no sea reincidente, cuando la pena impuesta no sea mayor a tres años y a solicitud del condenado a pena privativa de libertad superior a tres años que hubiera cumplido al menos la mitad de ésta.

Para resolver esta antinomia, el Tribunal Constitucional Plurinacional acudió al principio de especialidad señalando que la Ley 348 se constituye en una norma especial que debe ser aplicada de manera preferente, por el cual el Estado garantiza los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia, en el marco del mandato constitucional y la normativa internacional que obliga al Estado a sancionar los delitos de violencia contra las mujeres, así como la reparación integral de las víctimas.

Con dicho razonamiento, el Tribunal Constitucional Plurinacional concedió la tutela solicitada por la demora de la autoridad judicial, disponiendo que la autoridad judicial demandada, *“resuelva la situación jurídica del accionante, en el marco de la aplicación preferente de la Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia -Ley 348 de 9 de marzo de 2013-, de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado y sobre la base de los fundamentos jurídicos de este fallo constitucional”*.

Este entendimiento puede graficarse de la siguiente manera, comparando la aplicación del art. 366 del CPP solicitada por el accionante **(A)**, y la definición de la aplicación de la Ley 348 **(B)**:

Opción A	Opción B
<p>PM o PN: El art. 366 del CPP establece que la suspensión condicional de la pena procede en los casos en los que la persona hubiere sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración, siempre que no hubiere sido condenada anteriormente por delito doloso en los últimos cinco años.</p>	<p>PM o PN: Si bien el art. 366 del CPP establece que la suspensión condicional de la pena procede en los casos en los que la persona hubiere sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración, siempre que no hubiere sido condenada anteriormente por delito doloso en los últimos cinco años; sin embargo, el art. 76 de la Ley 348 establece, para ese mismo supuesto, la aplicación de sanciones alternativas, por lo que, en el marco del principio de especialidad y en mérito a que el Estado debe cumplir sus obligaciones internacionales, que exigen la sanción de la violencia contra la mujer, corresponde la aplicación de la Ley 348.</p>

PMen o PF: Dentro de un proceso por violencia en razón de género, el accionante fue condenado a tres años de privación de libertad, por lo que solicitó la suspensión condicional de la pena; solicitud que no fue resuelta hasta el momento de interposición de la acción de defensa.

PMen o PF: Dentro de un proceso por violencia en razón de género, el accionante fue condenado a tres años de privación de libertad, por lo que solicitó la suspensión condicional de la pena; solicitud que no fue resuelta hasta el momento de interposición de la acción de defensa.

Conclusión: Se concede la tutela de la acción de libertad traslativa o de pronto despacho, por la demora en la que incurrió la autoridad judicial demandada en la definición de la solicitud de la suspensión condicional de la pena.

Conclusión: Se concede la tutela de la acción de libertad traslativa o de pronto despacho, por la demora en la que incurrió la autoridad judicial demandada; sin embargo, la situación jurídica del accionante, deberá ser resuelta en el marco de la aplicación preferente de la Ley 348.

Otro criterio para resolver las antinomias es el **principio cronológico**, según el cual, se aplica la ley posterior respecto a la ley anterior; pues, se entiende que la última norma deroga a la anterior.

Ahora bien, pueden presentarse algunas “interferencias” entre principios que generen alguna dificultad para la definición de la norma aplicable. Por ejemplo, puede existir un cruce entre el criterio cronológico y el de especialidad; pues, puede darse –y de hecho, como veremos, se da – que se sancione una ley posterior en la que se efectúa una regulación general sobre un tema, sin modificar una ley especial anterior. En estos casos, de acuerdo a la doctrina, se da prioridad al principio de especialidad, bajo el argumento que *“la norma especial no es derogada por la norma general posterior, sino que constituye una excepción a esta última (restringe su ámbito de aplicación): “lex posterior generalis non derogat priori speciali”*⁷⁴.

Conforme a ello, si la ley general posterior no modifica de manera expresa la ley especial, ésta debe continuar aplicándose; pues se considera subsistente la excepción.

Esta interferencia entre principios se presentó en nuestro ordenamiento jurídico con lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 2033 de 29 de octubre de 1999, que modificó el art. 101 del CP, estableciendo que *“En los delitos de violación, abuso y explotación sexual, de los cuales las víctimas hayan sido personas menores de catorce (14) años de edad, excepcionalmente, no prescribe la acción hasta (4) años después que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad”*.

Dicha Ley fue sancionada cuando ya había sido promulgado el Código de procedimiento penal, Ley 1970 de 25 de marzo de 1999 que en la Disposición Final Sexta, Derogatorias y abrogatorias, derogó el art. 101 del CP, con la aclaración que, de acuerdo a la Disposición Final Octava del CPP, dicha derogatoria tendría efecto al momento de la vigencia anticipada del Código, que tratándose de las normas sobre prescripción –que no preveían norma especial alguna respecto a los delitos de violación de niñas, niños y

⁷⁴ Guastini, Ricardo, op. cit.

adolescentes- de conformidad a la Disposición Transitoria Segunda del CPP, estaba prevista para un año después de la publicación del CPP, es decir, el 25 de marzo de 2000.

Así, se advierte la antinomia entre el CPP y la Ley 2033 con relación a la prescripción tratándose de los delitos de violación, abuso y explotación sexual de personas menores a catorce años; toda vez que una ley especial posterior (Ley 2033) modificó una norma del Código Penal (art. 101), que antes había sido derogada por el Código de procedimiento penal (norma general), Código que, sin embargo, aún no estaba vigente al momento de la promulgación de la Ley 2033.

Cabe señalar que actualmente, el art. 2 de la Ley 1173 de 3 de mayo de 2019, Ley de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres, modificó el art. 30 del CPP (Inicio del término de la prescripción), señalando que *“Cuando se trate de delitos contra la integridad corporal y la salud o contra la libertad sexual de niñas, niños y adolescentes, el término de la prescripción comenzará a correr cuatro (4) años después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad.”*

En los casos de antinomias, la juez o el juez decide sobre la aplicación de una de las normas, a partir de los criterios antes señalados; empero, además, **se debe analizar si el resultado de dicha actividad es compatible con las normas principios constitucionales.**

Dentro de las antinomias, también cabe hacer referencia a la “insuficiencia de criterios”, que son los supuestos en los que no se puede acudir a ninguno de los tradicionales criterios de resolución de antinomias. Así, se trata de dos normas válidas desde el punto de vista de la competencia, jerarquía y que no tienen entre sí una relación de generalidad/especialidad; supuestos en los cuales, el juez tiene varias posibilidades para resolver el conflicto; así, puede recurrir a los principios, efectuar una ponderación de los intereses en juego, acudir a criterios de interpretación de derechos humanos, etc.; sin embargo, cabe señalar que cuando el conflicto se produce entre principios, los tradicionales criterios de interpretación para la resolución de conflictos no resuelven el problema, sino que deberá efectuarse un juicio de ponderación⁷⁵.

3.1.2.1.2. Problemas de interpretación

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

⁷⁵GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 127

Como sostiene Guastini⁷⁶, y también Díaz Revorio⁷⁷, no se interpreta la norma, sino la disposición legal, es decir “el enunciado que forma parte de un documento normativo”⁷⁸, en otros términos, el texto, el conjunto de palabras contenido en una ley, en sentido material. La norma es el resultado de la interpretación de dicha disposición legal, es el significado que se le da al texto legal.

Muchas disposiciones legales, por su ambigüedad, pueden tener diferentes sentidos normativos (**N1, N2 o N3**) y es precisamente la autoridad judicial la que debe elegir entre dichos sentidos normativos; sin embargo, dicha elección no debe resultar arbitraria, sino que debe tener una coherente argumentación jurídica, a través de los diferentes métodos de interpretación que han sido desarrollados tradicionalmente pero, fundamentalmente, a través de la interpretación conforme a la Constitución y a las normas del bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, y siguiendo a Guastini, con el término interpretación se hace referencia a: (1) un acto de cognición, que consiste en identificar las diferentes interpretaciones de una disposición legal, (2) un acto decisión, (2.1.) eligiendo una de las interpretaciones posibles por la norma o (2.2.) eligiendo una interpretación fuera de las posibles por el texto legal⁷⁹, lo que constituye un acto de creación normativa.

El autor al que se sigue en este punto sostiene que la interpretación decisoria presupone la interpretación cognitiva y que ésta resalta “... la indeterminación del ordenamiento, es decir, la equívocidad de los textos normativos, **la interpretación decisoria la resuelve**”⁸⁰; interpretación decisoria que puede ser:

1. Estándar: que consiste en escoger un significado en el ámbito de los significados identificados o identificables vía interpretación cognitiva.
2. Creadora: Consiste en atribuir a un texto un significado nuevo no comprendido entre los indetectables en el ámbito de la interpretación cognitiva⁸¹. Guastini sostiene que esta operación –creadora- no es en sentido estricto, un acto de interpretación, sino de un acto de creación normativa (nomopoiético), que él denomina “construcción jurídica”⁸².

Así dentro de las operaciones de construcción jurídica, Guastini enumera, entre otros, a la elaboración de normas no expresadas o latentes (reglas o principios) que son implícitas para (1) colmar lagunas o (2) concretar principios; creación de jerarquías axiológicas entre normas, ponderación entre principios en conflicto⁸³.

¿Ahora bien, cómo se determina si un significado se encuentra dentro de los identificables vía interpretación cognitiva? En otras palabras, ¿cuáles son los límites entre la interpretación propiamente dicha, es decir, la decisoria y la construcción

⁷⁶ Guastini, Ricardo, op. cit., pa. 26 y ss.

⁷⁷ Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la Ley*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 51 y ss.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 52

⁷⁹ GUASTINI, Ricardo, op. cit. p. 45 y ss.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

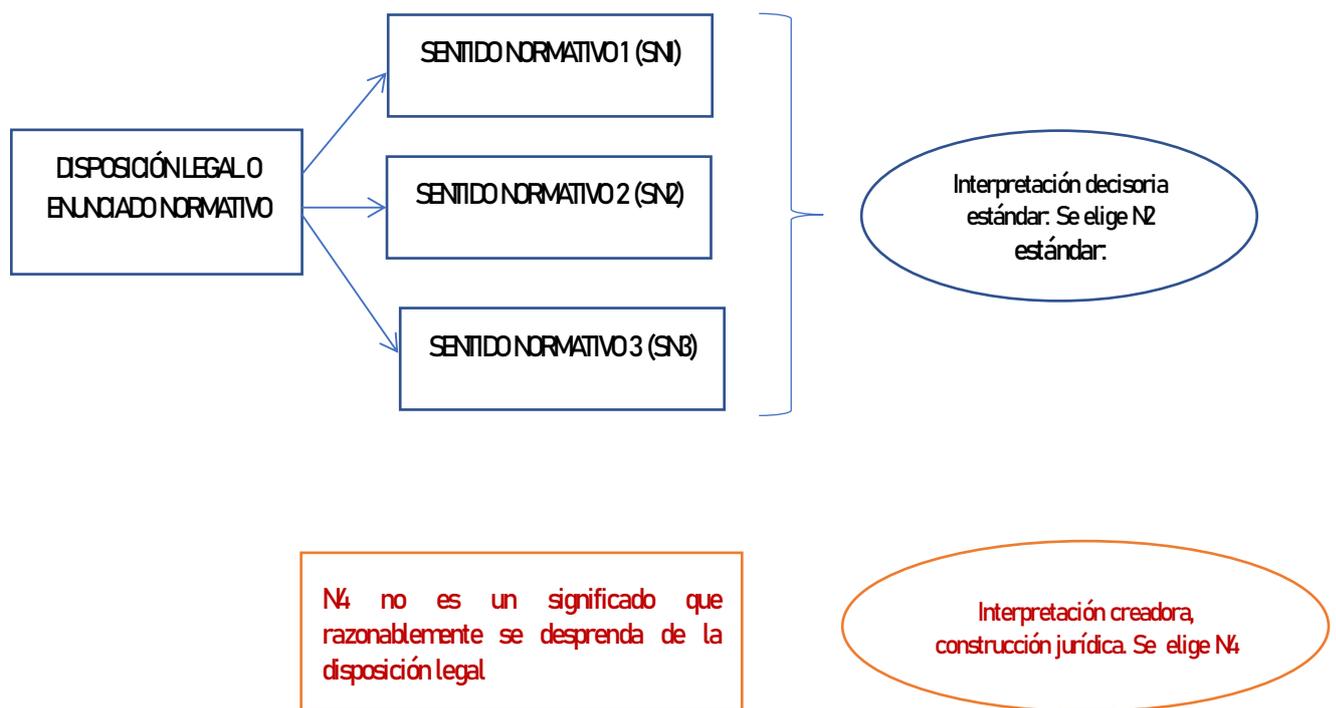
⁸² *Ibid.*, p. 48

⁸³ Los supuestos enumerados por el autor, son los siguientes: (a) la creación de lagunas axiológicas, (b) la elaboración de normas no expresadas o latentes (reglas o principios) que se sostienen son implícitas para (b1) colmar lagunas o (b2) concretar principios; (c) creación de jerarquías axiológicas entre normas, (d) ponderación entre principios en conflicto, (e) solución de ciertas antinomias.

jurídica? Guastini nos ofrece una explicación esclarecedora, al señalar que la interpretación creadora consiste en construir, a partir normas explícitas expresamente formuladas por las autoridades normativas, normas no expresadas, implícitas que, en definitiva, ninguna autoridad normativa ha formulado. Posteriormente añade:

“Consideramos explícita toda norma que pueda ser imputada a un preciso enunciado normativo como uno de sus significados. Consideramos no expresada toda norma de la que no se puede decir razonablemente que constituye uno de los significados de un enunciado normativo determinado”⁸⁴

Lo anotado, puede graficarse de la siguiente manera:



Para ejemplificar lo anotados, se volverá a la SCP 827/2013, pronunciada en una acción de libertad en la que el accionante sostuvo que los jueces y vocales demandados rechazaron su solicitud de cesación de la detención preventiva, no obstante que se encontraba detenido por más de treinta y ocho meses sin que la sentencia pronunciada en su contra se encontrara ejecutoriada. Las autoridades judiciales demandadas argumentaron para rechazar la cesación de la detención preventiva que la norma procesal penal contenida en el art. 239.3 del CPP no exige la ejecutoria de sentencia, sino simplemente su pronunciamiento.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, entendió que el art. 239.3 del CPP era impreciso, “por cuanto establece como condición de la cesación de la detención preventiva por el transcurso del tiempo, la falta de pronunciamiento de la sentencia, sin dilucidar si la misma debe estar ejecutoriada o meramente pronunciada” y señaló que dicha norma podía tener dos sentidos normativos:

⁸⁴ Op. cit. p. 50

DISPOSICIÓN LEGAL

El art. 239.3 del CPP, con la reforma introducida por la Ley 007, vigente al momento de resolver el caso, sostiene que cesará la cesación de la detención preventiva “3) Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia.”

SENTIDO NORMATIVO 1

“...es suficiente la emisión de la Sentencia en primera instancia y que, por ende, aun la detención preventiva hubiere sobrepasado el plazo de treinta y seis meses, no es posible su cesación, por haberse pronunciado la respectiva sentencia”

SENTIDO NORMATIVO 2

“...aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia, es posible su cesación, por no encontrarse la resolución ejecutoriada”.

Como se observa, el Tribunal Constitucional Plurinacional, **en el marco de una interpretación cognitiva, identificó los sentidos normativos** que podrían atribuirse al art. 239.3 del CPP, modificado por la Ley 007; sentidos que se desprenden de la disposición legal contenida en el art. 239 del CPP; pues dicha norma sólo hace referencia a una Sentencia, sin definir si la misma debe estar o no ejecutoriada.

Luego de la identificación de dichos sentidos normativos, el Tribunal, en el marco de una interpretación decisoria estándar, eligió el Sentido Normativo 2, es decir que es posible la cesación de la detención preventiva hasta que la Sentencia se ejecute. Ahora bien, esta decisión **no fue tomada de manera arbitraria**, sino de manera argumentada, porque el Tribunal Constitucional Plurinacional efectuó la justificación de **segundo orden o justificación externa**, señalando que dicho sentido normativo resultaba conforme a la Constitución y a las normas del bloque de constitucionalidad, que es el criterio de interpretación correctivo –en el marco de los principios de consistencia y coherencia para la corrección racional de la argumentación jurídica- que debe ser utilizado por la autoridad jurisdiccional.

Así, el Tribunal sostuvo que de acuerdo a los principios pro homine y progresividad (arts. 13.IV y 256.I de la CPE y 29.b) de la CADH, art. 13.I de la CPE), se debe acudir a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable y que respecto a las limitaciones o restricciones en el ejercicio de un determinado derecho, se debe efectuar una interpretación restrictiva, con la finalidad de afectar lo menos posible a la vigencia y eficacia del derecho fundamental, garantizado de esa manera, el intérprete de la norma, la plena vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona.

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

Conforme a ello, es evidente que en el caso de la SCP 827/2013, el Tribunal interpretó el art. 239.3 del CPP, y eligió un sentido normativo de manera argumentada, en el marco de las normas principios de la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Los métodos tradicionales de interpretación de la Ley

La labor de interpretación judicial ha seguido, tradicionalmente, varios métodos de interpretación de la Ley; sin embargo, también es cierto que la labor interpretativa de la autoridad jurisdiccional, no debe limitarse a dichos métodos, sino que debe estar dirigida a identificar si el resultado de la interpretación es compatible con nuestro sistema constitucional y, en ese ámbito, deberá efectuar una interpretación conforme a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad.

De manera general se puede mencionar que el método es el conjunto de pasos a seguir para alcanzar un determinado fin; es el camino elegido para realizar una determinada tarea o una obra. De lo que se puede inferir que el método de interpretación es aquel camino elegido por el intérprete para desarrollar su labor de interpretación de una norma jurídica.

Los métodos de interpretación cumplen la función de orientar la labor del intérprete, en la medida en que marcan la pauta que éste debe seguir al desarrollar su labor interpretativa de la norma jurídica aplicable al caso; pues los métodos se constituyen en el camino que debe transitar el intérprete al realizar su labor.

Sobre la base de las diferentes tendencias filosófico – jurídicas, se han logrado establecer diversos métodos de interpretación jurídica, en general, e interpretación judicial, en particular; pues el contenido del método interpretativo no es ajeno a la escuela o a la tendencia filosófico – jurídica.

Así, la Escuela de la Exégesis, desarrolló el método empírico, que consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir las palabras de la Ley y la intención del legislador como hechos, con la finalidad de obtener todo lo concerniente a la Ley como dato empírico. La Escuela Histórica logró desarrollar los siguientes métodos: gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico; mismos que serán explicados a continuación. En la época contemporánea también se han desarrollado métodos como el pragmático –consecuencialista, el valorativo y de ponderación de intereses, y el método del precedente.

Cabe advertir que en la teoría de la interpretación judicial no existe uniformidad de criterios para denominar a estas herramientas de trabajo; pues algunos autores los denominan como “criterios de interpretación”, otros como “métodos de interpretación”, en el presente trabajo se utilizará la segunda denominación.

Asimismo, corresponde advertir que, al existir diversos métodos de interpretación, existe preocupación por establecer cuál de ellos es el más adecuado, correcto o efectivo

para alcanzar un resultado razonable, consistente y coherente con el sistema jurídico, para aproximarse a una solución justa.

Al respecto, cabe señalar que ningún método de interpretación es mejor o de menor importancia que otro, ni es posible que los métodos se excluyan entre sí; tampoco es posible que un método por sí solo conduzca a un resultado satisfactorio, razonable y consistente; pues la complejidad de la realidad del Derecho y de la interpretación de las normas jurídicas hace que un solo método sea insuficiente; razón por la que es necesario aplicar en lo posible el conjunto de métodos de interpretación.

El método gramatical o literal

Según Savigny⁸⁵ “el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes”; la aplicación de este método supone la actividad orientada a captar el sentido lingüístico de la norma interpretada, a partir del lenguaje empleado por el legislador.

De Castro Cid⁸⁶ señala que el método literal se caracteriza por aplicar ante todo la regla o principio de la interpretación literal. Según esta regla, la actividad del intérprete ha de atenerse al significado inmediato de las palabras en que vienen expresadas las normas, a su significado gramatical, al sentido que dichas palabras tienen en el lenguaje común.

La aplicación de este método supone la fórmula siguiente:

Lo que la Ley literalmente dice es lo que debe ser estrictamente cumplido; lo que la Ley no dice en su estricta literalidad no puede suponerse incluido en ella, ni inducirse de ella. Por lo tanto, en conformidad a este método de interpretación gramatical, la letra de la Ley tiene una importancia primordial en todo el proceso interpretativo.

Tomando en cuenta que la Ley está expresada en palabras, este método implica que la interpretación debe empezar por obtener el significado verbal que resulta de ellas, según su natural conexión y las reglas gramaticales. De manera que, cuando una misma palabra tenga diferentes significaciones, se adoptará aquella que se considere más idónea, dada su conexión con las demás del precepto de que se trate y con la materia a que el mismo se refiera.

Según el profesor Larenz⁸⁷, toda interpretación de un texto normativo debe comenzar con el sentido literal; entendiéndose por tal el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje. Así, para descubrir el verdadero sentido o significado de la norma interpretada, es necesario acudir al significado literal de las palabras empleadas en la misma.

⁸⁵ Savigny, Federico Von. *Sistema del derecho romano actual*, Op. Cit., p. 187.

⁸⁶ De Castro Cid, Benito. *Nuevas Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, 2002, Ed. Universitaria S.A., p. 400.

⁸⁷ Larenz, Karl, Op. Cit., p. 316.

Conforme a lo referido, se puede señalar que aplicando el método gramatical, el intérprete de la norma orienta su acción a la producción de un segundo texto que capte el sentido del texto interpretado. A decir, el profesor Roberto Vernengo⁸⁸, “una interpretación literal puede considerarse una suerte de traducción o versión de un texto a otro que, según se dice, expresa en otros términos el mismo sentido que el texto de origen”. Cabe advertir que, con la aplicación del método gramatical, no se persigue producir un texto que sea una variación mínima de la norma interpretada (limitándose a simples cambios en cuanto al léxico, la sintaxis o la forma estilística de la proposición que constituye la norma), sino el de lograr un texto que pueda ser mejor entendido, esto es, que posea la característica práctica de permitir una más fácil comprensión del sentido del texto original (la norma interpretada).

A partir de lo anterior es posible establecer un aspecto concomitante al método gramatical: si se parte, primero, de que el significado literal de un término depende del contexto en el cual se lo utilice; segundo, de que la posibilidad de sustituir un término por otro (la sinonimia) depende de los propósitos eminentemente pragmáticos de quien realiza tal acción; tercero, de que el significado de una proporción está ligado a su estructura semántica, y cuarto, de que el éxito del criterio gramatical depende en buena medida de la riqueza léxica y sintáctica del lenguaje que se esté usando, se tiene entonces que es perfectamente posible conseguir diversas “interpretaciones literales o gramaticales” de un mismo texto o, para el tema que nos ocupa, de una misma norma. Que estas diversas interpretaciones sean interpretaciones literales de un texto legal se puede constatar mediante la presencia de ciertas las relaciones lógicas imprescindibles, lo cual constituye un cuarto punto que sobre el método gramatical se quiere resaltar. De acuerdo con Vernengo, la primera relación lógica que existe entre una norma y su interpretación literal es que ambos textos son equivalentes, en la medida en que exhiben los mismos valores normativos; además de esta equivalencia, se presenta una relación de equipolencia, es decir, tanto la norma como su interpretación tienen un contenido coincidente, no sólo por su extensión, sino también por su intención.

Como se podrá advertir la aplicación del método gramatical o literal, presenta la posibilidad de que se produzcan varias interpretaciones de un mismo texto, de manera que la elección de una de ellas dependerá en buena medida de las preferencias del intérprete y de su interés en alcanzar una versión que pueda ser compartida; pues como señala Vernengo, la interpretación literal es, a la postre, un recurso sujeto a ciertos patrones culturales que puedan refrendar, como lingüísticamente legítimo, alguno de los sentidos de un término que convenga a la norma⁸⁹. En consecuencia, en el desarrollo de la labor interpretativa deberá tenerse en cuenta que el método gramatical, si bien es el punto de partida para el desarrollo de la interpretación jurídica, por si solo no siempre conduce a un buen resultado; pues se requiere de la concurrencia o aplicación de los otros métodos de interpretación.

Sin embargo, cabe advertir que el uso de este método puede enfrentar dificultades, ya que un texto legal pueden encontrarse palabras que tengan un significado diverso, incluso aquellas utilizados en un lenguaje jurídico, en cuyo caso, la interpretación

⁸⁸ Vernengo, Roberto J., “Interpretación del Derecho”, Op. Cit. pp. 242 – 243.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 245.

gramatical no nos va a determinar el verdadero sentido de la norma, sino sólo un abanico de soluciones posibles. De otro lado, puede presentarse el caso de que en la transcripción de la Ley para su publicación se hubiesen cambiado las palabras. Por ello, debe tenerse presente que la aplicación aislada de este método para desarrollar la labor de la interpretación no conduce a un resultado exitoso.

El método lógico

Es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica formal para alcanzar el verdadero significado de la norma interpretada. Según afirma Federico Von Savigny:

Consiste en realizar la descomposición del pensamiento contenido en la norma interpretada, para establecer las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

La aplicación de este método supone la aplicación de las reglas lógicas, conocidas también como argumentos, tales como:

a) **Argumento a pari**, de acuerdo con el cual el legislador, al regular un caso concreto de una determinada forma, implícitamente quiso también regular de la misma manera otros casos de la misma especie;

b) **Argumento a contrario**, que establece que el legislador, al regular un caso de una determinada manea, pretendía a la vez excluir de dicha regulación todos los demás casos de distinta naturaleza;

c) **Argumento a fortiori**, según el cual el legislador, al regular un caso, pretendía regular de la misma manera y con más razón otro caso distinto al directamente regulado, porque en este último concurren razones más claras e imperiosas;

d) **Argumento a generali sensu**, que implica una interpretación que extiende los alcances de la norma y cuya aplicación se hace por lo general cuando se trata de normas favorables y existen razones de identidad o semejanza en el supuesto de hecho de la norma objeto de interpretación que fundamenta su aplicación a otros supuestos de hecho;

e) **Argumento stricta lege**, que, al contrario del anterior, estipula una interpretación restrictiva dirigida a las normas desfavorables o sancionadoras; y

f) **Argumento ad absurdum** que fundamenta la elección de una entre varias interpretaciones de una norma en cuento que las demás conducirían a situaciones carentes de sentido.

El método histórico

Según Savigny, el método histórico tiene por objeto “*la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la Ley*”, puesto que, si la ley debía intervenir en la relación jurídica de determinada manera, entonces “*el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho*”⁹⁰.

Cabe precisar que el método histórico, en la concepción de Savigny⁹¹:

⁹⁰ Savigny, Federico, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, p. 83.

⁹¹ Savigny, Federico, Sistema del Derecho romano actual. Op. Cit., p. 187

No se reduce a determinar el sentido del texto legal en sí mismo considerado, sino está dirigido a establecer lo que el legislador quiso al momento de elaborar la norma, lo cual, significa que el intérprete debe “colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia”. En consecuencia, el método histórico supone averiguar la voluntad del legislador.

Por su parte, Claude Du Pasquier explica que este método consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los llevaron a legislar y cómo se ha representado la futura aplicación de los textos elaborados. A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se los compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Son así, estudiadas las exposiciones de motivos, los mensajes del poder ejecutivo, las cartas e informes de las comisiones encargadas, debates plenarios y todo aquello que ha precedido a la aplicación de la Ley.

Este método, de acuerdo a Karl Larenz, debe tenerse en cuenta para averiguar el sentido de la Ley normativamente decisivo y, sobre todo, la intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por él encontradas; así, para conseguir manifiestamente esa intención siguen siendo pauta vinculante para el Juez, incluso cuando acomoda la Ley a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa.

Considerando que, en la aplicación del método histórico, lo decisivo es la voluntad del legislador, se ha calificado a este método como histórico subjetivo, lo que ha generado en la doctrina críticas a los presupuestos de los que parte la aplicación de este método.

El primer cuestionamiento, es al hecho de que en aplicación del método histórico subjetivo debe identificarse al autor de la Ley para buscar su voluntad expresada en la norma que se interpreta, tarea nada fácil si se tiene en cuenta la manera como son elaboradas, aprobadas y promulgadas las leyes. Al respecto Chaïm Perelman⁹² señala que *“en el régimen parlamentario el legislador no es un ser único, sino una corporación que frecuentemente comprende decenas de miembros, distribuidos muchas veces en dos asambleas y que además la mayor parte de ellos votan siguiendo una disciplina de partido y desinteresándose de la cuestión. Los más competentes tienen con frecuencia puntos de vista diferentes sobre la materia que de ordinario se esfuerzan en conciliar por medio de un compromiso obtenido merced a fórmulas de alguna vaguedad, que permiten por ello interpretaciones divergentes”*.

El segundo cuestionamiento, es a que el método histórico subjetivo no se percata del hecho de que las normas jurídicas, una vez promulgadas, tienden a objetivarse y su existencia se concibe independientemente de la voluntad del legislador. Al respecto, Karl Engisch sostiene que la tarea del intérprete de la Ley *“no es retroceder años y decenios desde el presente y sus problemas hasta el alma de un legislador que en realidad ya no interesa. Por consiguiente interpretatio ex nunc y no interpretatio es tunc. [...] La*

⁹² Perelman, Chaïm, La lógica jurídica y la nueva retórica, Op. Cit. p. 55.

tarea del jurista consiste en interpretar de acuerdo con los tiempos, contemporáneamente. Su mirada no está dirigida hacia el pasado, sino hacia el presente y el futuro”⁹³.

El tercer cuestionamiento, es a su carácter restrictivo, ya que con la aplicación del método histórico – subjetivo, la labor de interpretación se reduce a ser una simple investigación de la voluntad del legislador, entendida ésta desde una difusa perspectiva empírico-sicológica, que, por ende, impide cualquier intromisión de la voluntad del intérprete; lo cual constituye una grave restricción a la labor del intérprete judicial; ya que éste debe necesariamente tener un grado de intromisión en el desarrollo de su labor, que no solo será de carácter valorativo, sino también de carácter operativo, práctico, económico, etc. Al respecto, Alf Ross, afirma que el modelo del método histórico – subjetivo es *“psicológicamente insostenible. El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción”⁹⁴.*

Frente a las críticas a la aplicación del método histórico en su dimensión subjetiva, se ha planteado la aplicación en una dimensión objetiva lo que podría denominarse como método histórico – objetivo. Esta tendencia, partiendo de la constatación de la autonomía de las normas jurídicas respecto de la voluntad de su autor, se propone determinar no ya la voluntad del legislador sino el sentido que de la norma se desprende si se le considera objetivamente, como si se tratara de buscar la “voluntad de la Ley”. Esta tendencia tiene su fundamento en la constatación de que la norma jurídica contenida en la Ley puede adoptar significados distintos al que originalmente le había asignado el legislador, ya sea por una transformación de la realidad objeto de regulación, o por una alteración de los criterios valorativos que justificaban el contenido de la norma.

Al respecto, cabe referir que ya a inicios del Siglo XX, el Presidente de la Corte Suprema de Casación de Francia, Ballot-Beaupré, planteó la dimensión objetiva del método histórico, afirmando lo siguiente: *“No debe el juez intentar encontrar tercamente cuál fue el pensamiento de los autores del Código hace cien años, releyendo cualquier de sus artículos. Debe investigar cuál sería ese pensamiento si el mismo artículo fuera redactado actualmente por ellos. Debe pensar que frente a todos los cambios que después de un siglo se han producido en las ideas, en las costumbres, en las instituciones, en el estado de la sociedad y de la economía francesa, la justicia y la razón exigen la adaptación literal y humana del texto a las realidades y exigencias de la vida moderna”⁹⁵.*

El método sistemático

⁹³ Engisch, Karl, Introducción al pensamiento jurídico, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ed. Ediciones Guadarrama, 1967, p. 119.

⁹⁴ Roos, Alf, Sobre el derecho y la justicia, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1963, p.133.

⁹⁵ Extracto del discurso pronunciado por el Presidente de la Corte de Casación, el año 1904 al celebrarse el centenario de la promulgación del Código Civil de Bonaparte.

El método sistemático, a decir de Savigny, “tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad”⁹⁶; lo que significa que

La interpretación de una norma debe efectuarse considerando el resto de las normas que forman parte del cuerpo legal, al que pertenece la norma interpretada.

Según Víctor Emilio Anchondo⁹⁷, la interpretación sistemática busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

El método sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente. De manera que, aplicando este método, la norma jurídica interpretada, que en sí misma tiene un significado, puede adquirir un sentido distinto cuando se la relaciona con las demás normas que forman parte del sistema jurídico.

Para utilizar este método, el intérprete debe tomar en cuenta que las leyes son cuerpos normativos orgánicos y sistemáticos; por tanto, la interpretación de sus normas no puede ser aislada sino que debe realizarse de forma sistemática, adecuándola siempre al sentido y los alcances del resto de las normas que conforman la Ley; pues debe tomarse en cuenta que el sentido de una norma no sólo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas.

Cabe señalar que el método sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo, en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; por tanto, siendo parte de este sistema, el significado y sentido de la norma jurídica deben ser obtenidos de los principios que inspiran el contenido del resto de las normas que integran la Ley. Esto supone que las normas jurídicas no pueden ser comprendidas fuera del contexto al que pertenecen, ya que el significado normativo de un enunciado normativo muchas veces se ve completado por otros enunciados pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico o a uno distinto; por lo que la interpretación de las normas jurídicas no puede efectuarse sobre la base del aislamiento de los enunciados.

La aplicación del método sistemático se orienta a relacionar la norma interpretada con el resto de las normas de una unidad normativa constituida por el sistema jurídico y, además, de la plenitud del derecho entendido, también en este caso, como sistema normativo, para obtener el significado de la norma interpretada para aplicar al caso concreto.

⁹⁶ Savigny, Federico, Sistema del derecho romano actual. Op. Cit. P. 188.

⁹⁷ Anchondo Paredes, Víctor Emilio, “Métodos de Interpretación Jurídica”, p. 41.

El método teleológico o finalista

De manera general se puede señalar que el método teleológico o finalista consiste en

Atribuir el significado a la norma interpretada, a partir de la identificación de los motivos o fines que persigue la Ley objeto de la interpretación.

Tomando en cuenta que el legislador, al crear la Ley se propone alcanzar uno o varios fines, la interpretación debe efectuarse teniendo en cuenta esos fines; por lo que el intérprete tiene la tarea de descubrir los fines que persigue la norma interpretada.

Cabe advertir que en el texto de la Ley interpretada no existe una enunciación de los fines que persigue; por lo que el intérprete tiene que inferirlos tomando en cuenta los postulados generales que permiten reconocer que en un Estado Constitucional las leyes tienen como propósito el aseguramiento de la paz y la justa solución de los litigios; la convivencia pacífica; la protección de los bienes jurídicos y un procedimiento judicial justo; la solución de las problemáticas surgidas en las relaciones sociales; el mejoramiento de ciertas condiciones de interés colectivo. En definitiva, el intérprete deberá considerar los conceptos de bien jurídico, justicia, igualdad, equidad, seguridad jurídica, así como las consideraciones político-criminales.

Como refiere Rodrigo Uprimny, la definición de los motivos o fines de la ley interpretada da lugar a dos perspectivas:

La primera, la que se detiene en el examen del fin de la norma individualmente considerada, que está vinculado profundamente con el carácter operativo que tienen el derecho, en la medida que cada una de sus normas pretende, es decir, tiene como fin, influir en la realidad social a través de la regulación del comportamiento de sus destinatarios. Ello supone que la interpretación finalista está enmarcada en el contexto histórico que permite establecer la finalidad de la norma al momento de realizarse la actividad interpretativa del Juez, respecto a lo cual salta a la vista el carácter dinámico de este criterio de interpretación, dado que, como sucede con el método histórico, más que la finalidad subjetiva que el creador de la norma se trazó al momento de elaborar y aprobar la ley, el intérprete judicial persigue una especie de fin objetivo de la norma en sí misma considerada.

La segunda, la que se concentra en el desarrollo de una interpretación teleológica del derecho. A ese efecto es importante tener presente que existe una relación estrecha entre el método sistemático y el teleológico, en el sentido de que el sistema jurídico, en su conjunto, está destinado a cumplir una serie de finalidades hacia las que se dirigen todas las normas que lo componen. En el caso de los fines del derecho considerado sistemáticamente, su gran número, su variada índole y la flexibilidad de su importancia son aún más patentes que en el caso de las finalidades de una sola norma. Por ello, el recurso a los fines del derecho supone desarrollar una interpretación más allá y por encima de lo que en términos no valorativos es posible.

El método pragmático – consecuencialista

Conocido también como el método de “la apreciación del resultado”; consiste en que:

El intérprete adoptará un determinado significado normativo de la Ley interpretada apreciando las consecuencias o resultados que en la práctica podría generar la interpretación.

Se trata de un método que pretende superar los problemas eminentemente lingüísticos de la norma interpretada. Este método no fue explícitamente propuesto por Savigny, sino implícitamente, aunque con muchos reparos al considerar que “el intérprete corre el riesgo de excederse de sus poderes y entrarse por el dominio de la legislación”, por ello, sostuvo que el uso de este método está restringido al caso de ser necesario “precisar el sentido de una expresión indeterminada, nunca para referir el texto al pensamiento de la Ley”⁹⁸. A decir de Uprimny, para la apreciación del resultado Savigny sugirió tres condiciones:

<p>La primera, deberá preferirse el sentido “más racional” de una norma indeterminada.</p>	<p>La segunda, de los variados sentidos que puede tener un texto indeterminado de una norma debe escogerse “aquel que responsa mejor a las necesidades de la práctica”.</p>	<p>La tercera, será necesario optar por aquel sentido que “sea más humano y menos violento” bajo la máxima <i>benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur</i> (las leyes deben interpretarse de manera benigna en tanto que no se viole ninguna disposición formal), y propone como ejemplos de la aplicación de esta máxima la regla de acuerdo con la cual si la ley penal es dudosa debe elegirse la pena más dulce y la regla que establece la interpretación de los testamentos más favorable al heredero, rechazándola así la desheredación.</p>
---	--	---

Cabe advertir que en la aplicación de este método debe tenerse presente básicamente dos elementos. El primero, el vínculo que existe entre este método y el método teleológico, ya que en muchas ocasiones los resultados de la interpretación serán examinados por el Juez teniendo en cuenta los fines de la norma y, además, teniendo en cuenta los objetivos del legislador al momento de su promulgación y los que imponen las circunstancias sociales al momento de la interpretación y la aplicación. El segundo, las dificultades que plantea la existencia de diversos fines de una norma o de un sistema jurídico, las ambigüedades que a menudo supone el fin de una norma e incluso la eventual imposibilidad de atribuir un propósito a una norma permiten escindir la cuestión de los fines de la de los resultados y considerar que la interpretación pragmática no pueda ser identificada con la interpretación desde el punto de vista del propósito o línea de orientación de una Ley.

El método valorativo y de ponderación de intereses

Este método consiste en que el intérprete, para desarrollar su labor de interpretación, pone la norma interpretada bajo la luz conceptual de los valores sociales que sustentan los contenidos concretos de aquella, más allá de lo que el propio intérprete pueda pensar, subjetivamente, sobre qué es lo justo.

El profesor Adolf Germann, citado por Karl Larenz⁹⁹, denomina a este método como el “método crítico-valorativo”, ello porque su aplicación parte de “los valores sociales a los que corresponde la Ley” y supera la “valoración independiente” por parte del Juez

⁹⁸ Savigny, Sistema del derecho romano actual. Op. Cit. P. 193.

⁹⁹ Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, Op. Cit.. p. 143.

para, de esta forma, desarrollar una interpretación atendiendo a las valoraciones que sirven de base a la Ley y que son inmanentes a ella.

Cabe advertir que otros estudiosos, entre ellos Philipp Heck¹⁰⁰, han planteado este método como el de la “jurisprudencia de intereses”; pues en su entendimiento la interpretación se trata de un proceso ponderativo y evaluativo de los intereses que se verían afectados por las soluciones que produzca la interpretación del derecho, esencialmente (pero no exclusivamente) los intereses de las partes que se encuentra en litigio; el enunciado esencial jurídico-teórico de esta corriente es considerar al derecho como “protección de intereses”; ello significa que los preceptos legales “no solo están dirigidos a delimitar intereses, sino que ellos mismos son productos de intereses como todos los demás preceptos activos”.

Interpretación conforme a la CPE y las normas del bloque de constitucionalidad

Los métodos de interpretación que han sido señalados deben ser utilizados por la autoridad judicial de manera integral, y no basarse en uno solo de ellos, siendo fundamental que el resultado interpretativo sea compatible con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, que permite dotar de consistencia y coherencia a la interpretación efectuada.

En ese sentido, las disposiciones infraconstitucionales deben ser interpretadas conforme a la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad; obligación que deriva del principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE) y del principio de convencionalidad (art. 256 de la CPE). En la interpretación conforme, las reglas jurídicas deben ser interpretadas conforme a las normas principios.

Actualmente, en virtud al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, todas las autoridades judiciales están obligadas a efectuar la interpretación conforme y, en ese sentido, la interpretación conforme no puede estar ausente en la jurisdicción ordinaria y menos en la justicia constitucional cuando tengan que efectuar la corrección de la interpretación de las disposiciones infraconstitucionales efectuada por las autoridades de las demás jurisdicciones. Efectivamente, si se utilizaran estos métodos de manera aislada, y sin acudir a la interpretación conforme, los resultados serían injustos y no se cumplirían con los principios de constitucionalidad y convencionalidad.

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

3.1.2.1.3. Problemas de prueba

En la crítica efectuada por Atienza a la teoría estándar de la argumentación jurídica, éste señaló que la misma dedicó escasa atención a la argumentación jurídica fáctica, pues la preocupación se centró en la argumentación normativa y, fundamentalmente en la

¹⁰⁰ Heck, Philipp, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, citado por Uprimny, Rodrigo, Interpretación Judicial, p. 263.

interpretación de las normas, sin embargo, como también se señaló, el juicio de hecho “es tan problemático o más que el juicio de derecho; que en él la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin el momento de ejercicio del Poder Judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario”¹⁰¹.

Ahora bien, los problemas de prueba afectan a la premisa fáctica y están referidos a la existencia de dudas respecto a si un hecho efectivamente ha tenido lugar. La premisa fáctica debe estar justificada y expresar una proposición verdadera que se corresponda con los hechos ocurridos. Así, es necesario que se desarrolle un test de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado y del presente¹⁰², que permita, mediante la acumulación de alguna prueba, conocer con “alto grado de probabilidad” lo que sucedió en el pasado.

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

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

Conforme a ello, podríamos concluir que nuestra Constitución Política del Estado adopta una concepción cognocitivistica de la prueba, que la concibe como un instrumento de conocimiento, es decir, como una actividad encamina a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos. En esta concepción “la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por

¹⁰¹GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, 364.

¹⁰²GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, 179.

ello susceptible de exteriorización y control”¹⁰³, frente a ella, se encuentra la concepción persuasiva de la prueba que entienden que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable¹⁰⁴.

Ahora bien, cuando se afirma que la premisa fáctica es verdadera, significa que los hechos descritos han existido o existen en el mundo, es decir que los hechos se corresponden con la realidad. Afirmar que la premisa fáctica está probada, significa que la verdad ha sido comprobada, es decir que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles. Como señala Marina Gascón, el concepto de verdad traduce, en relación con el de prueba, **un ideal**, y “en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido”¹⁰⁵. Esta distinción, además, como señala la misma autora, hace evidente la necesidad de adoptar cautelas y garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.

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

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

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

¹⁰³Ibíd., p. 365.

¹⁰⁴Ibíd., p. 366.

¹⁰⁵Ibíd., p. 368.

de derechos fundamentales y garantías constitucionales (SC 129/2004-R de 28 de enero).

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

Sistema de pruebas legales o tasadas: En este sistema, la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a un determinado medio probatorio¹⁰⁶; el juzgador, por tanto, está constreñido a respetar las reglas de valoración establecidas en un determinado proceso, lo que permitiría negar la justicia material por respeto a la verdad formal o procesal. Este sistema se originó en la edad media y aún pervive –como se verá– en el procedimiento civil –ahora abrogado– y es muy criticado por el escaso margen de apreciación que al juzgador y la confianza ciega en el legislador, en la ley.

Sistema de la libre convicción: De acuerdo a este sistema, el juzgador no se apoya necesariamente en la prueba que se exhiben en el proceso, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes¹⁰⁷. 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”¹⁰⁸. La libre convicción no se apoya, necesariamente en hechos probados, puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aún por su saber privado y tampoco es necesario que exista una construcción lógica perfecta, basta que el magistrado decida sobre una convicción moral de que los hechos ocurrieron de tal manera sin que sea necesario el desarrollo lógico de las razones que le conducen a dicha conclusión.

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

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

¹⁰⁶COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p.268.

¹⁰⁷*Ibid.*, p. 273.

¹⁰⁸*Ibid.*

experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”¹⁰⁹.

La sana crítica “requiere que para juzgar se debe atender a la bondad y a la verdad de los hechos; luego, entonces, el razonamiento que atiende a estos valores debe realizarse sin vicios ni error; porque la concurrencia del vicio o del error es la negación no sólo de todo valor ético sino de la misma verdad histórica como finalidad específica del proceso. Como el procedimiento de valoración afecta bienes e intereses extremos, tutelados por normas de derecho público, el razonamiento por medio del cual el juzgador llega a la certeza para dilucidar el conflicto de intereses no puede expresarse sino en virtud de explicar los motivos que, racionalmente, llevan a la decisión que se vierte, y esta es la función de la ‘sana crítica’”¹¹⁰

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

1. **La lógica:** El razonamiento lógico se funda en principios lógicos que gobiernan el desarrollo del pensamiento, determinando su estructura y garantizando la producción de la verdad formal del proceso cognoscitivo, para llegar a la verdad material que debe surgir de los hechos. Conforme a ello, los principios lógicos son las leyes que gobiernan el pensamiento, siendo estos principios los siguientes: **El principio de identidad**, que sostiene que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; es decir que una cosa sólo puede ser idéntica a sí misma. Por ejemplo al razonar que un documento es público, no podrá afirmarse luego que el mismo no lo es; **el principio de contradicción** que sustenta que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo; una cosa o persona no puede ser y no ser al mismo tiempo en una determinada relación; así si se afirma algo de una persona, quien afirma no puede negar luego ese atributo, porque al afirmarse y negarse la característica de la misma cosa o sujeto, uno de los juicios sería falso; **el principio del tercero excluido**, que afirma que entre dos proposiciones, una que afirma y otra que niega, una de ellas debe ser verdadera; **de razón suficiente**, por la cual las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia.
2. **Las máximas de la experiencia o reglas de la vida**, son entendidas como “las normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”¹¹¹; para Stein, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos¹¹².

¹⁰⁹ Cit. en GONZÁLES CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Scielo, Revista Chilena de Derecho*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-34372006000100006.

¹¹⁰ BARRIOS GONZALES, Boris, *Teoría de la sana crítica*. Disponible en:

http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

¹¹¹ GONZÁLES CASTILLO, Joel, op cit..

¹¹² *Ibid.*

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

En similar sentido, la SCP 0238/2018-S2 de 11 de junio, señala:

“El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, emana del principio de la verdad real o material; este sistema, como señala José Cafferata Nores, si bien establece la plena libertad de convencimiento de los jueces, empero esa libertad tiene un límite infranqueable: “El respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano”; es decir, las normas de la lógica, psicología, de la experiencia común. En ese sentido, la actuación del juez no es discrecional o arbitraria; prima la razonabilidad de la valoración de la prueba, de ahí que también recibe el nombre de persuasión judicial; pues, si bien el juez tiene mayor libertad con relación a la prueba tasada; empero, también tiene más responsabilidad.

Otra característica de este sistema, es la obligación impuesta a los jueces de motivar sus conclusiones; es decir, de exponer las razones de su convencimiento; éste, es precisamente el sistema que rige en el proceso penal boliviano, puesto que el art. 173 del CPP, lo consagra al señalar que: “El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida”.

En el ámbito civil, debe considerarse que el art. 1286 del Código Civil establece que “las pruebas producidas serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorga la ley, pero si ésta no determina otra cosa, podrá hacerlo conforme a un prudente criterio”. Por su parte, el art. 397 del -ahora abrogado- Código de procedimiento civil de 1976, “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.”

Respecto al art. 397 del CPC abrogado, la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 0466/2013, señaló inicialmente que dicha norma

(...) evita que las normas legales de valoración de las pruebas, -documental, confesión, inspección judicial, peritaje, testificación- sean ignoradas por el juzgador, y le niega la posibilidad de ingresar directamente a aplicar la sana crítica y, por ende, **evita que la actividad valorativa se rija por la arbitrariedad. Por lo que, la no aplicación de las reglas o métodos de valoración de la prueba previstos en dicha norma procesal civil, hace que la decisión que asuma el juzgador en esta tarea sea ilegal y arbitraria.**

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

(...) tiene su génesis en una forma de ver el Derecho en la que predominan los siguientes criterios: i) El Legislador es el llamado a determinar la aplicación del Derecho en primera instancia, pues éste tiene la potestad de predeterminar cómo el juez tiene que valorar los hechos y el Derecho; ii) El Juez es un mero aplicador de la Ley y por ende debe agotar la interpretación de la realidad en los elementos valorativos preestablecidos por el Derecho; y, iii) El Juez es subsidiario a la Ley, pues ésta determina cómo se interpreta el Derecho y los hechos y si ésta no lo dispuso recién es posible que el Juez pueda utilizar su justa razón para interpretar.

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

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

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

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

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

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

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

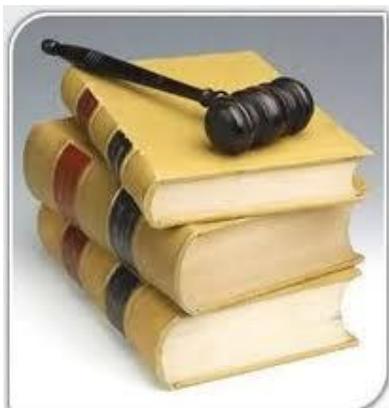
En ese sentido, debe hacerse mención a la SCP 0890/2013 de 20 de junio, pronunciada dentro de una acción de amparo constitucional en la que el accionante alegó vulneración de sus derechos a la propiedad privada, el trabajo, al comercio, seguridad jurídica, seguridad personal, integridad física, libertad de residencia, permanencia y circulación, argumentando que fue víctima de avasallamiento arbitrario por parte de los demandados, miembros de una comunidad.

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

Sobre la base de dicho razonamiento, la Sentencia que se menciona, analizando el caso concreto, concluyó que existían

“...hechos que no se han acreditado debidamente, pues si bien el accionante ha adjuntado a su acción elementos probatorios proveniente del sistema jurídico ordinario

Valoración de la prueba



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

debe plasmarse en la decisión judicial, concretamente, en la motivación que hace referencia, precisamente, a los argumentos vinculados a la prueba y la calificación jurídica del hecho.

3.1.2.1.4. Problemas de calificación jurídica

Estos problemas surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho, que no se discute, se encuentra o no en el campo de aplicación de un determinado supuesto de hecho de la norma. El análisis se centra en la correspondencia entre el supuesto de hecho (premisa fáctica) con el derecho (premisa normativa) y, en ese sentido, en la mayoría de los casos el problema radica en la vaguedad de las reglas generales, por lo que se podría sostener que en realidad se está ante un problema de interpretación en sentido estricto¹¹⁴.

que acreditarían el supuesto avasallamiento, la parte demandada también ha adjuntado documentación y certificaciones que acreditarían su posesión anterior a los supuestos hechos denunciados, y al abandono del predio que reclaman al accionante; documentación que fue otorgada por las autoridades del sistema indígena originario campesino, las cuales en el marco de lo señalado en el Fundamento Jurídico III.3. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional tiene igual jerarquía que las autoridades provenientes del sistema ordinario; consiguientemente, al existir controversia en las pruebas presentadas, este Tribunal no puede dar credibilidad a alguna de ellas en desmedro de las otras, pues eso implicaría lesionar el principio de igualdad jerárquica”.

Conforme a lo señalado, es evidente que la valoración de la prueba, y el sistema de la sana crítica adoptado en Bolivia, tiene como objetivo atribuir a las pruebas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan, en ese sentido, “la valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos”¹¹³. Esta valoración, por otra parte,

¹¹³GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 375.

¹¹⁴TALAVERA, Pedro, op. cit., p. 235.

Sobre el particular cabe señalar que en la calificación jurídica, se vislumbra la inexistencia de una separación radical entre premisa normativa y fáctica del razonamiento judicial, pues, como anota Uribe, “Determinar si el hecho X, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de la norma N es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma, por lo que los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación e interpretación aparecerán entrelazados”¹¹⁵.

Así, el mismo autor sostiene que lo afirmado altera la distinción tradicional entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho dimanantes de la teoría dogmático-procesal de la prueba judicial, y que, siguiendo a Wroblewsky, la diferencia entre conceptos de derecho y de hecho se relativiza cuando se desciende del nivel de la teoría abstracta al nivel de la práctica jurídica. Lo señalado es tan evidente, que es el caso concreto, el hecho, el que obliga a efectuar, en muchos casos, una interpretación de las normas jurídicas, de ahí que una norma, concebida de manera abstracta, puede que no presente ninguna dificultad ni que la misma sea vaga o imprecisa, pero relacionándola con el caso concreto, requiera una interpretación. **En última instancia, el sentido normativo que se le da a una disposición legal, nace del caso concreto y se formula también para el caso concreto.** De ahí que el uso del precedente implique que para aplicar una subregla o norma adscrita, necesariamente tienen que presentarse los mismos supuestos fácticos o de hecho; pues la interpretación de la norma realizada por la autoridad judicial sólo podrá ser aplicada a casos futuros cuando se presenten similares o análogos hechos; salvo, claro está, en las sentencias interpretativas emitidas por la Corte o Tribunal Constitucional, en nuestro caso Plurinacional, en las acciones de inconstitucionalidad abstracta o concreta, por cuanto en dichas Sentencias, el Tribunal, con independencia del caso concreto, lo que hace es efectuar una interpretación de las disposiciones legales, otorgándoles un sentido normativo que tiene carácter erga omnes. Un ejemplo de ello es la SCP 770/2012 que interpretó el propio art. 123 de la CPE y la Ley 004, en sentido que la retroactividad en materia de corrupción sólo es posible cuando las normas sean favorables.

Esta relación entre lo fáctico y la interpretación de la norma también ha sido advertida por Zagrebelsky, quien afirma que la comprensión del caso presupone que se entienda su “sentido” y que se le dé un “valor”; entendiéndose por sentido a la conexión entre una acción y su resultado social, los efectos que puede producir; así, el hecho de procurar la muerte puede ser entendido en varios sentidos: como acción dirigida contra

Problemas de calificación jurídica del hecho

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

¹¹⁵URIBE, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”, p. 351. Disponible en versión digitalizada en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47/Prueba+y+argumentacion.+Un+discurso+iustilosofico+de+la+prueba.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47>.

la degeneración de la especie humana (eugenesia), como acción destinada a evitar los sufrimientos (eutanasia), como instrumentos de guerra o como sanción de un delito (pena capital), etc. Con relación al valor, Zagrebelsky señala que una determinada comprensión de sentido dirige y condiciona la comprensión de valor de cara al *judici*. Así, una determinada comprensión de sentido, puede propiciar, mejor que otras, diversos valores, y que la asunción de ciertos valores, puede hacer ver en los casos ciertos significados antes que otros¹¹⁶.

Entonces, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete “La categorización del caso a la luz de las mismas indicará así en qué direcciones y en vista de qué resultados deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada”¹¹⁷, añadiendo que una vez que a los casos específicos y concretos le sean atribuidas pretensiones de sentido y de valor anteriormente desconocidas, presionen sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada mediante **“continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas”**¹¹⁸.

RESUMEN PROBLEMAS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LOS CASOS DIFÍCILES

Problemas vinculados a la premisa normativa	1. Problemas de relevancia que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso.
	2. Problemas de interpretación que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.
Problemas vinculados a la premisa fáctica	3. Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.
	4. Problemas de calificación que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma

3.1.2.2. Recapitulación

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

¹¹⁶ZAGREBELSY, Gustavo, p. 137.

¹¹⁷ZAGREBELSY, Gustavo, *op. cit.* p. 136.

¹¹⁸*Ibid.*, p. 138.

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



CASOS FÁCILES

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



CASOS DIFÍCILES

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

Ahora bien, la clasificación de los problemas que presentan los casos difíciles, actualmente debe ser complementada; pues deben incluirse otras formas de argumentación jurídica que presentan nuevos problemas. Así, Atienza señala que se distinguen tres formas fundamentales de argumentación jurídica: la subsunción, la adecuación (argumentos medio fin-, proporcionalidad) y la ponderación¹¹⁹. Así, los dos últimos plantean problemas que pueden afectar a la premisa normativa y fáctica, porque el caso plantea la necesidad de aplicar el juicio de proporcionalidad o el de ponderación, aspectos que serán considerados al momento de efectuar una reconstrucción de la argumentación jurídica en el marco de nuestro diseño constitucional.

Por otra parte, es ineludible también considerar que es necesario emplear enfoques diferenciales cuando intervienen en un proceso personas que pertenecen a grupos diferenciales, lo que evidentemente va a afectar tanto la premisa normativa y la premisa fáctica; pues los casos van a exigir que se aplique un enfoque de género, generacional, intercultural o interseccional, tanto en el análisis de la normativa aplicable al caso como en el enfoque para el análisis de los hechos, aspecto que también será abordado al momento de efectuar una reconstrucción de la argumentación jurídica en el marco de nuestra Constitución Política del Estado

¹¹⁹ Atienza Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2013, pág. 13 y ss.

3.1.2.3. La Justificación externa o de segundo orden que da solidez a las premisas en los casos difíciles

Como se ha señalado, la justificación interna se ocupa de controlar la validez lógica de las premisas de los argumentos jurídicos y, en ese sentido estos estarán justificados internamente si la conclusión deriva lógicamente de las premisas, aún estas hubieran sido reconstruidas a partir de diferentes argumentos, en los casos difíciles. La **justificación externa, por su parte, se ocupa de controlar la adecuación o solidez de los argumentos utilizados en los casos difíciles**¹²⁰; pues en éstos, conforme se ha visto, las disposiciones legales resultan insuficientes para fundar una decisión judicial y, por lo tanto la autoridad judicial argumenta sobre la forma en que una determinada norma, por ejemplo, ha de interpretarse, o cómo debe valorarse determinada prueba. En síntesis, en estos casos, se requiere valorar la argumentación realizada por la autoridad judicial para la reconstrucción de las premisas, y en ese sentido, conforme se ha visto, la teoría estándar ha otorgado criterios para determinar el valor de dichos argumentos.

Se han precisado los problemas que pueden presentarse en los casos difíciles, tanto en la premisa normativa como en la fáctica; por ello, es indispensable que se identifique con claridad el problema que se trata de resolver y en qué sentido nos encontramos ante un caso difícil. Así, Alexy señala que debe quedar claro qué premisas se deben justificar externamente¹²¹.

Conforme a ello, se reitera que el objeto de la justificación externa está constituido por los argumentos utilizados por la autoridad jurisdiccional que responden a los problemas identificados, para la reconstrucción ya sea de la premisa normativa o de la fáctica. En ese entendido, para la justificación de dichos argumentos se utilizarán los criterios proporcionados por MacCormick, dado que tienen mayor relevancia práctica para la actividad jurisdiccional y fueron tomados a partir del análisis de las mismas decisiones judiciales.

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

¹²⁰ MACCORMICK, N., *op. cit.* *Legal reasoning and legal theory*.

¹²¹ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 317.

Principio de consistencia

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

Entonces se concluye que las decisiones de las y los jueces deben ser consistentes con el ordenamiento jurídico, pues de no ser así, el o la jueza estaría dictando una sentencia *contra legem*, incumpliendo el Derecho e infringiendo el principio de legalidad¹²². En síntesis, dos normas son inconsistentes cuando son lógicamente incompatibles. Así, el ejemplo sencillo que otorga la doctrina es el siguiente: La norma dice que está prohibido fumar en clases y, no obstante ello, el o la docente deja que uno de los alumnos, por amistad, fume en clases; última decisión que es claramente inconsistente con la prohibición, con la norma general.

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

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

Principio de coherencia

PRINCIPIO DE CONSISTENCIA



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

¹²² GARCÍA FIGUEROZ, Alfonso, *op. cit.* p. 182.

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

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

- Coherencia normativa

Exige que una norma o una serie de normas se puedan subsumir bajo unos de principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables, en el sentido de que configuren, cuando se toman conjuntamente, una forma de vida satisfactoria. Principios y valores en el sentido de estado de cosas que se consideran deseables, legítimos y/o valiosos¹²³ y que unifican el ordenamiento jurídico.

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

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

La coherencia exige que si una norma ha sido interpretada de determinada manera, dicha interpretación debe mostrarse conforme, o lo más conforme con los principios y valores del sistema. Además, dado que existen múltiples principios y valores, la coherencia exige que la decisión sea compatible con el mayor número de principios¹²⁴.

- Coherencia narrativa

El test de coherencia narrativa justifica que se asuman creencias y se rechacen otras en relación con hechos del pasado, por considerar al mundo fenoménico como algo

¹²³ MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, op. cit.

¹²⁴ TALAVERA, Pedro, op. cit. p. 238.

Coherencia narrativa

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

explicable en términos de principios de tipo racional¹²⁵. La coherencia narrativa permite analizar los supuestos fácticos, a través de un test que relaciona determinado hecho con los demás, verificando si es coherente con los hechos probados. De esta manera a través del test de coherencia narrativa se justifica la determinación o no de la existencia de hechos probados o no probados. La justificación que se logra a través de la coherencia narrativa es provisional, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se

deriva de la percepción es incompleta y algunas percepciones son engañosas¹²⁶. En ese orden, la coherencia implica que la justificación debe estar dotada de racionalidad ya que lo incoherente ofrece una justificación poco aceptable.

Según MacCormick, la coherencia narrativa es la propiedad de un conjunto de proposiciones fácticas que tiene sentido en su totalidad. De manera más precisa, lo que hace que una historia sea coherente, es el hecho de que sea explicable por un conjunto de principios explicativos de tipo causal y motivacional¹²⁷. La coherencia narrativa juega una función muy importante en la justificación de los enunciados fácticos en el Derecho¹²⁸.

- Precisiones sobre el principio de coherencia

De acuerdo a Atienza, la justificación a través de la coherencia diseñada por MacCormick, es una justificación formalista y relativa por cuanto sólo suministra una justificación débil pues ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo fuesen contradictorias¹²⁹.

Efectivamente, frente al pluralismo axiológico, MacCormick sostiene que las cosas que son buenas, lo son en sentidos distintos y mutuamente no derivables y que, por tanto, diferentes planes de vida pueden asignar razonablemente diferentes prioridades a diferentes bienes, por lo que distintas opciones subjetivas pueden ser objetivamente razonables; frente a ello, ante un caso difícil caben diferentes soluciones razonables, pero como es necesario asumir una decisión, el criterio de corrección, como anota Atienza, terminaría siendo el de la autoridad, es decir, de quien dirime el caso “con la única condición de que caiga dentro del ámbito de las respuestas posibles a favor de las cuales pueden darse buenas razones independientemente de las preferencias de la

¹²⁵ ATIENZA, p. 119.

¹²⁶ MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, op. cit.

¹²⁷ MACCORMICK, N., *Coherence in Legal Justification*, op. cit., p. 50.

¹²⁸ A diferencia de MacCormick, otros teóricos del derecho han defendido una concepción más amplia de la coherencia narrativa según la cual la coherencia narrativa es un estándar de justificación jurídica que es relevante tanto en relación a cuestiones fácticas como normativas. El modelo narrativo de la decisión judicial de Bernard Jackson es un ejemplo prominente de este tipo de aproximación. Las principales tesis del modelo propuesto por Jackson son las siguientes: (i) la premisa mayor del silogismo judicial tiene forma narrativa; (ii) la premisa menor se construye también como una narrativa; y (iii) la relación entre la premisa mayor y la menor debe ser concebida como una relación de coherencia o de ajuste entre esquemas narrativos. Por lo tanto, según esta concepción de la decisión judicial, el proceso de toma de decisiones jurídicas consiste de manera principal en comparar la construcción narrativa de los hechos con el modelo narrativo que subyace a la norma jurídica aplicable. Jackson, Law, Fact, and Narrative Coherence, op. cit., pp. 58-60.

¹²⁹ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 119.

autoridad o de la mayoría”¹³⁰; sin embargo, la objeción fundamental que se formula a ello es que si en los casos controvertidos siempre existirán buenas razones a favor de las diferentes soluciones y que, por ende, se debe aceptar como correcta la del juez, la pregunta es ¿para qué sirve desde el punto de vista ideológico, una teoría como la de MacCormick sino para justificar lo que los jueces han hecho? Y en ese sentido, se señala, se debe buscar el concepto de razón práctica más allá de los requisitos de universalidad, consistencia y coherencia o introducirse alguna instancia de tipo objetivo que permita optar entre unos u otros valores y que muestre, por tanto, las consecuencias más aceptables dentro de los límites establecidos por los requisitos antes señalados¹³¹.

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

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

Ponderar, siguiendo a Prieto Sanchis, es “buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”¹³², constituyéndose, por tanto, en un método para la resolución de “cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas”, conforme a ello, el juez se encuentra ante dos principios contradictorios, pero ninguno de ellos podría ser declarado inválido, y tampoco puede, de inicio, establecer una jerarquía inexistente, pues todos los principios, en abstracto, tienen igual jerarquía; sin embargo, el juez debe resolver el caso, formulando un “enunciado de preferencia condicionada”, a partir de una jerarquía móvil o axiológica, en términos de Guastini, para determinar, en el análisis del caso concreto, qué principio tiene preferencia. Así, “La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía”¹³³.

En ese sentido, debe recordarse que el derecho no sólo está conformado por reglas, sino también por principios y que si bien –como se tiene señalado– no es posible construir una teoría de los mismos que establezca una jerarquía estricta entre ellos si es posible establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada y que sirvan como fundamento para las decisiones jurídicas y no su uso arbitrario. Alexy sostiene que ese orden consta de tres elementos¹³⁴:

1. Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga importancia para nuevos

¹³⁰Ibíd.

¹³¹Ibíd.

¹³² PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., p. 212.

¹³³Ibíd., p. 216.

¹³⁴ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, p. 147. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>. También puede verse el resumen elaborado por Atienza, p. 175.

casos que se presenten; pues, como sostiene Alexy: “Las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de un regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente”¹³⁵, lo que significa que la ponderación efectuada en un caso concreto se constituye en un precedente que tendrá que ser aplicado a casos en los que se presenten supuestos fácticos similares y, en ese sentido, rige el principio de universalidad que ha sido explicado precedentemente .

2. Estructuras de ponderación, que deriva de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas, donde la ponderación postula un principio general, cual es el de la proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales expresan la idea de optimización¹³⁶.

Así, los principios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las perspectivas fácticas. De acuerdo al principio de idoneidad, la medida limitadora de un principio debe resultar adecuada para la protección del otro principio que se encuentra en juego; por tanto, una medida limitadora no será idónea cuando no resulte apta para su protección y, al contrario, resulte perjudicial para el otro principio, sin ningún beneficio. Con relación al principio de necesidad, se debe buscar 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.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, hace referencia a la optimización desde la perspectiva jurídica; principio que se expresa en esta ley de ponderación: “Cuanto mayor será el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, analizando tres aspectos: “El grado de incumplimiento o menoscabo de un principio; luego se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio del contrapuesto, y finalmente se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro”¹³⁷.

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

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jarajamillo, Universidad Externado de Colombia, 201, p. 105.

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 105.

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

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

Como afirma Alexy, el modelo de tres niveles del sistema jurídico (reglas, principios y teoría de la argumentación jurídica; última que dice cómo, sobre la base de los niveles anteriores es posible una decisión racionalmente fundamentada¹³⁸) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero lleva a una mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo de racionalidad incorporado en el derecho moderno y, en particular, en el derecho de un Estado democrático y constitucional, que contiene una dimensión ideal -que no es otra que la pretensión de corrección que necesariamente plantean tanto las normas como las decisiones jurídicas- que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moral procedimental y universalista¹³⁹.

Argumentación Consecuencialista

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

Dicho de otro modo, la argumentación jurídica, dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia, es esencialmente una argumentación consecuencialista, en el entendido que toda decisión tiene un resultado y una consecuencia, que no son lo mismo, pues el resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida y las consecuencias son los estados de cosas posteriores conectados con el resultado, que se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pacífica, etc. Por lo cual, no se trata únicamente de las consecuencias que puede tener la decisión para las partes en una ocasión particular sino las consecuencias en el mundo¹⁴⁰.

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

¹³⁸ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, p. 149.

¹³⁹ Cit. por AitENZA, *op cit.*, p. 176.

¹⁴⁰ MacCormick para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: **razones finalistas**, en virtud de las cuales una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso y **razones de corrección** donde una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior.

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

La primera se refiere a la racionalidad de las premisas de la decisión y utiliza el silogismo fundamental de la sentencia como instrumento de verificación. Mientras que la justificación externa fundamenta las premisas que se desarrollan en la justificación interna¹⁴¹.

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

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

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

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

3.2.1. Criterios desde el carácter constitucional del Estado

Los criterios desarrollados por la teoría estándar de la argumentación jurídica deben ser considerados para la justificación interna y externa de las resoluciones judiciales; sin embargo, es pertinente, a manera de reforzar la justificación externa de las resoluciones, poner énfasis en las siguientes características de nuestro modelo, que deben ser consideradas a momento de elaborar los argumentos, en especial en los casos difíciles:

¹⁴¹ El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna ALEXY Robert, *op. cit.* p. 222.

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

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

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

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

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

- **La especial relevancia de las normas principios plurales** para la: **a.** La interpretación de las disposiciones legales; **b.** La ponderación de los principios.

3.2.2. Criterios desde el carácter plurinacional, intercultural y comunitario de nuestro Estado:

Conforme a las características de nuestro Estado, se propugna la construcción de un sistema jurídico plural, en el que, a partir del principio de interculturalidad sea posible la construcción de una argumentación jurídica propia, plural, que supone la incorporación en el sistema ordinario de criterios provenientes del sistema indígena originario campesino, en el marco de la formulación de un nuevo derecho que se construya a partir

del inter relacionamiento e interactuación de ambos sistemas

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

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

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

Normas que en sede interna han sido desarrolladas por el art. 391 del CPP¹⁴² que establece que tanto el fiscal como el juez deben ser asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas, y que antes de dictarse sentencia el perito elaborará un dictamen para conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento para fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal. Asimismo, el art. 159 de la Ley de Ejecución Penal Supervisión¹⁴³

¹⁴² Dicha norma establece: “Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales:

1) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y

2) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente”.

¹⁴³ Dicha norma determina que: Cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla con la finalidad de la pena y se respete la identidad cultural del condenado.

determina que cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla con la finalidad de la pena y se respete la identidad cultural del condenado.

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Efectuar una ponderación intercultural de derechos y garantías en los casos en que exista colisión entre el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a ejercer sus sistemas jurídicos y los derechos individuales; en este supuesto la autoridad jurisdiccional debe partir, necesariamente de una interpretación intercultural, tanto de los hechos como de los derechos, para luego efectuar la ponderación intercultural, cuyos criterios básicos fueron inicialmente desarrollados por la SCP 1222/2012, que construyó el “paradigma del vivir bien” como una herramienta argumentativa, que posteriormente fue modulada por varias Sentencias, sistematizándose, finalmente, las subreglas en la SCP 481/2019-S2, conforme a lo siguiente:

(...) 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[6], 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 campesino, 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.

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

3.2.2. Procedimientos y argumentación plural

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

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

Bajo estos supuestos, se siguen los criterios señalados por Raquel Yrigoyen, que ha establecido que la solución de conflictos entre derechos colectivos e individuales, debe ser realizada a partir de: una ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural, atendiendo a las distintas visiones culturales e intereses de las partes; la presencia de los pueblos indígenas en la definición e interpretación de los derechos; la existencia de mecanismos que permitan las soluciones negociadas, esto es, “que los procedimientos no sean rígidos y orientados a la adjudicación de derechos perdedor o ganador...” y que los procedimientos estén orientados a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados y no así a la sanción de las autoridades originarias¹⁴⁴.

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

¹⁴⁴Ibid.

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

3.3.1. Identificación de problema jurídico que se va a resolver

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



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

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

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

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

Agroambiental: X formula demanda de nulidad del Título Ejecutorial N° PPD-NAL-2141454, correspondiente al predio Parcela 081, ubicado en el cantón Uriondo, sección Primera, provincia Avilez del departamento de Tarija, con una superficie de 1.0680 ha, otorgado a favor de Y, argumentando que se omitió valorar integralmente la función económica social y que no fue notificado con varios actuados de saneamiento, señalando que con dichos actos se produjo un error esencial, simulación absoluta, ausencia de causa y violación de la ley aplicable, en el marco de lo establecido en los arts. 50.I.a.a) y 2.b) y c) de la Ley 175, modificada por la Ley 3545, así como la violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, previstos en los arts. 115 y 119 de la CPE; por lo que solicitan la nulidad del título mencionado y la nulidad de la Resolución final de saneamiento que lo sustenta.

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

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

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

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

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

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

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

Agroambiental: X, **mujer campesina**, formula demanda la nulidad del Título Ejecutorial N° PPD-NAL-2141454, correspondiente al predio Parcela 081, ubicado en el cantón Uriondo, sección Primera, provincia Avilez del departamento de Tarija, con una superficie de 1.0680 ha, otorgado a favor de Y, argumentando que se omitió valorar integralmente la función económica social y que no fue notificada con varios actuados de saneamiento, señalando que con dichos actos se produjo un error esencial, simulación absoluta, ausencia de causa y violación de la ley aplicable, en el marco de lo establecido en los arts. 50.I.a.a) y 2.b) y c) de la Ley 175, modificada por la Ley 3545, así como la violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, previstos en los arts. 115 y 119 de la CPE; por lo que solicitan la nulidad del título mencionado y la nulidad de la Resolución final de saneamiento que lo sustenta.

3.3.2. Identificación de la norma o normas jurídicas aplicables:

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

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

Estos temas se analizarán a continuación:

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

En ese sentido, se debe hacer una revisión del ordenamiento jurídico en su conjunto, con énfasis en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad (incluida la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); así como de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo de Justicia como del Tribunal Constitucional Plurinacional, dada su calidad de fuente directa del derecho, conforme ha quedado establecido en anteriores módulos.

Así, el resultado de la aplicación de argumentos analógicos y de los principios para la resolución de antinomias, de ninguna manera puede ser contrario a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad.

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

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

Nótese que se hace referencia a la disposición legal o al precedente, pues, los precedentes se constituyen en fuente directa del derecho, al crear normas adscritas o subreglas que se aplican a supuestos fácticos similares, lo que supone que la autoridad judicial debe tener un adecuado conocimiento y manejo de los precedentes jurisprudenciales, identificando correctamente la *ratio decidendi* y el precedente

obligatorio, **efectuando, por tanto, el análisis estático y también dinámico** de la jurisprudencia, para encontrar el precedente en vigor, a partir de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, en los casos en los cuales existen precedentes contradictorios, supuestos en los cuales, por tanto, la actividad jurisdiccional tendrá su complejidad, pues debe efectuar los análisis antes anotados.

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

c.2. Que la norma de lugar a diferentes sentidos normativos y que, por tanto, sea indispensable interpretarla a través de argumentos interpretativos. Verificada que la disposición legal a ser aplicada es ambigua o poco clara, y que, por tanto, estamos ante un caso difícil, el juzgador, debe desplegar los argumentos interpretativos necesarios a fin de atribuirle un sentido normativo a la disposición legal que sea compatible con la CPE y las normas del bloque de constitucionalidad a la luz de los criterios de interpretación de los derechos humanos (favorabilidad, progresividad, interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos)

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

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

Así, por ejemplo, si se aplicará una norma del sistema ordinario a miembros de las naciones y pueblos indígenas, la autoridad jurisdiccional deberá preguntarse de qué manera dicha norma puede ser interpretada interculturalmente, solicitando, como se tiene señalado, la intervención

de peritos, autoridades o ex autoridades, pero además contrastando dicha norma con las contenidas en el Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, desde la perspectiva de género, cuando el caso involucre a mujeres o población LGBTI, es indispensable que la autoridad jurisdiccional, en el marco de su actividad crítica y valorativa se pregunte: **¿Cuál es la concepción del sujeto que subyace al marco jurídico aplicable? ¿La norma responde a una visión estereotípica o sexista del derecho?**, ello con la finalidad de analizar si la norma es respetuosa del principio de igualdad y no discriminación para, en su caso, aplicar el test de razonabilidad o igualdad.

Así, la propuesta desde la perspectiva de género es develar aquellas normas que aún continúan con una visión sexista, es decir, que efectúan una diferenciación entre hombres y mujeres, pero colocando a éstas en una posición desventajosa y subordinada; o normas construidas a partir de estereotipos, en los cuales se evidencian ideas preconcebidas sobre cómo deben ser los hombres y las mujeres, que incluye a características físicas y psicológicas, como por ejemplo que la mujer es más sensible y que el hombre es más racional, que la mujer es débil y el hombre fuerte, que la mujer debe ser recatada y pudorosa y el hombre más libre; estereotipos que también se presentan en los casos de las personas con orientación sexual o identidad de género diferente¹⁴⁵.

Así, las personas son juzgadas a partir de estereotipos, por su capacidad de adaptarse a ellos o no. Así, quien se adapte a los mismos, es considerada una persona “normal” y quien no lo hace es valorado en sentido negativo, y es sobre esta idea que se conculcan los derechos de quienes tienen diversa orientación sexual o diversidad de género. Por ejemplo, las ideas que los gays y las lesbianas son enfermos o enfermas mentales, que todos ellos y ellas tienen sida, que no pueden mantener relaciones afectivas estables, que los hombres gay y las lesbianas no tienen hijos o hijas; o que los hombres gay son violadores y abusan de niños y niñas, son estereotipos que deberían ser eliminados o excluidos del razonamiento judicial.

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

¹⁴⁵ Órgano Judicial, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género*, p. 155.

pronunciamientos de los órganos del sistema universal de derechos humanos.

En similar sentido se deberá actuar tratándose de niños, niñas y adolescentes, donde corresponde contrastar las normas con los instrumentos internacionales específicos sobre los derechos de los niños, así como la jurisprudencia internacional existente sobre el tema, como la contenida en la SCP 0019/2018-S2, donde se utiliza un enfoque interseccional (género y generacional). Así también, en el caso de las personas con discapacidad o de los adultos mayores, se deben adoptar los estándares específicos contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los estándares del sistema universal e interamericano de derechos humanos.

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

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

¿La disposición legal aplicable es compatible con el marco jurídico internacional?

¿Qué normas contenidas en instrumentos internacionales son aplicables al caso?

¿Existen precedentes jurisprudenciales internacionales aplicables al caso?

¿Existen observaciones, recomendaciones, informes, etc., de organismos internacionales que brinden argumentos para resolver el caso?

¿Cuál es la norma o precedente que debe ser aplicable al caso atendiendo a los criterios de interpretación de los derechos humanos?

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

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

c.3. Que exista colisión de principios, entendiéndose a estos de manera amplia, que abracan tanto a los principios como a los derechos y las garantías. En estos casos, el juzgador está obligado a utilizar **argumentos ponderativos**. Así, conforme se ha visto, existen casos en los que se presentan conflictos entre principios que no pueden ser resueltos por los principios de jerarquía normativa, principio cronológico, de especialidad o de competencia; por cuanto en estos casos los principios tienen igual jerarquía y, por lo mismo es imprescindible que el juzgador efectúe una labor de ponderación entre principios.

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

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

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

Los argumentos ponderativos pueden presentarse, por ejemplo, en los casos colisión de derechos colectivos e individuales, tratándose de la aplicación de las normas del sistema indígena originario campesinos,

supuesto en el cual, se debe efectuar una ponderación intercultural. También en los casos –muy comunes- en los que se contraponen los derechos de las víctimas, en especial en los procesos por violencia contra las mujeres, con los derechos de las y los imputados y los resguardos que el derecho penal garantista ha edificado a favor de estos últimos; empero, no se trata de eliminar estas garantías, sino que las autoridades jurisdiccionales, cuando deban resolver los casos sometidos a su conocimiento, en el que exista un conflicto de derechos, efectúen la ponderación correspondiente, determinando qué derecho, en el caso concreto tiene mayor “peso” o valor¹⁴⁶.

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

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

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

3.3.3. Determinación de la premisa fáctica

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

Así, se ha visto que es preciso que exista una coherencia narrativa entre el enunciado del pasado y del presente para conocer con alto grado de

¹⁴⁶ Órgano Judicial, Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Op. cit. p. 179 y ss.

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

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

Finalmente, también debe considerarse que la premisa fáctica, en los casos en los que intervengan grupos de atención prioritaria, corresponde la aplicación de enfoque diferenciales para el análisis de los hechos, con la aclaración que dichos enfoques también inciden en la premisa normativa, en la medida que se deben aplicar las normas especiales contenidas tanto en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las normas internas.

3.3.4. La conclusión

Una vez precisada la premisa fáctica, sólo queda la aplicación de la disposición legal, al caso concreto, actividad que, conforme ha quedado señalado, se constituye en verdadero proceso lógico deductivo; toda vez que, no obstante que en los casos difíciles se formularon argumentos de relevancia, interpretativos o ponderativos, que van más allá de la lógica deductiva, dichos argumentos han servido para fijar con precisión tanto la premisa normativa como fáctica, para luego llegar a una conclusión lógica, del tipo “A debe ser sancionado a la pena de 20 años de presidio” o “A debe devolver el bien inmueble” o “Se debe conceder la libertad a A”.

Es importante que en la conclusión no sólo se determine la consecuencia jurídica específica prevista en la regla jurídica, sino también es importante que en los casos de afectación de derechos humanos, se dispongan medidas de reparación integral, en el marco de los establecido en el art. 113 de la CPE; medidas que deben ser aplicadas, especialmente en los casos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

La reparación integral SCP 19/2018-S2

Las medidas de reparación anotadas deben ser aplicadas por todos los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco del control de convencionalidad, lo que significa que la reparación prevista en el art. 113.I de la CPE, que fue referida precedentemente, debe ser comprendida dentro de los parámetros

establecidos por la Corte IDH que, conforme a las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 2233/2013 de 16 de diciembre y 0087/2014 de 4 de noviembre y a los principios de favorabilidad y progresividad -arts. 13 y 256 de la CPE- contiene el estándar más alto de protección al derecho de reparación; en ese sentido, debe acogerse lo desarrollado por la Corte IDH, que señala que la reparación integral implica:

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 Beristáin 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.

Obligación de establecer medida de reparación 628/2018-S2

En ese sentido, en el marco de la justicia constitucional, es obligación de las juezas, jueces y tribunales, así como del Tribunal Constitucional Plurinacional, determinar las medidas de reparación a los derechos vulnerados; obligación que como lo entendió la SCP 0990/2016-S2, no alcanza únicamente a un grave daño, sino, a toda vulneración de derechos y garantías constitucionales; razonamiento, que indudablemente implica una superación del entendimiento contenido en la SCP 0564/2014 de 10 de marzo[12] que estableció que la reparación por el daño ocasionado, se daba en los casos en que se evidenciara o probara la existencia de un daño grosero, grave y evidente.

3.3.5. El control racional de la argumentación o el análisis de los criterios de justificación externa:

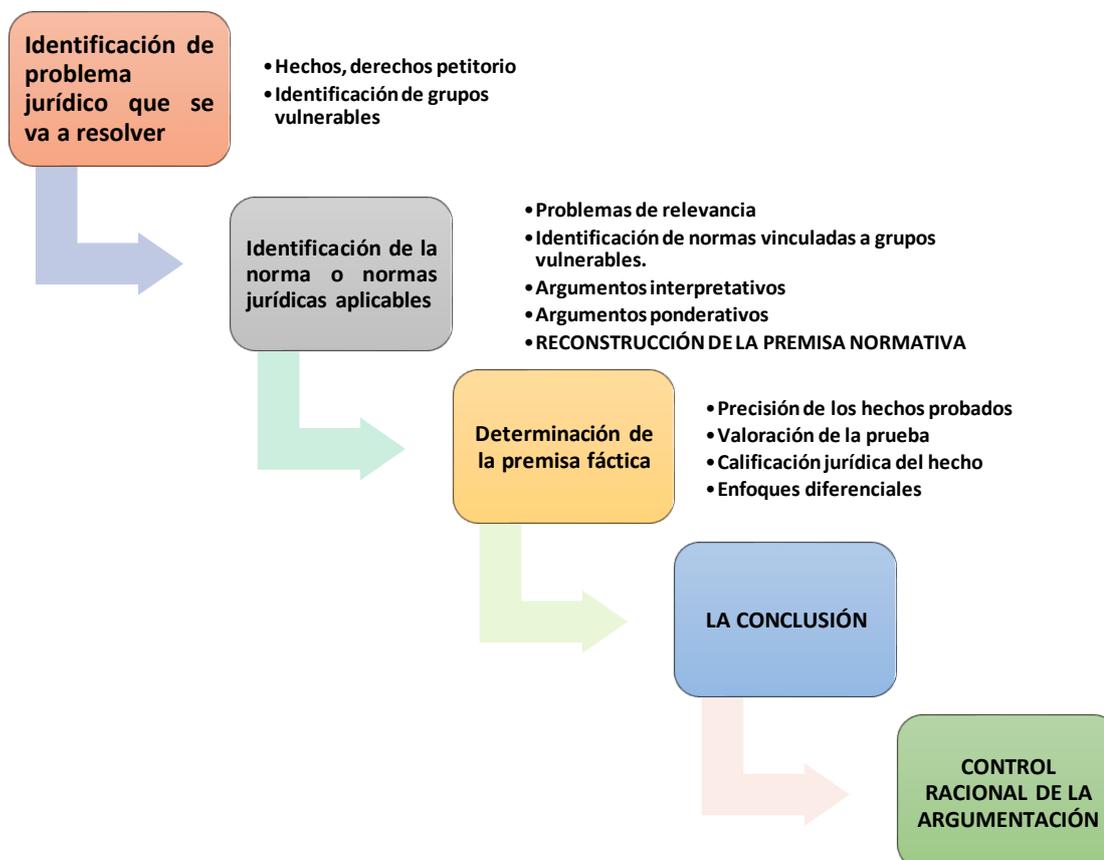
Es importante que la o el juzgador, luego de haber desarrollado todo el proceso argumentativo anotado precedentemente, ejerza el control sobre su propia resolución analizando los criterios y principios señalados por la doctrina con relación a la justificación interna y externa de las decisiones judiciales.

En ese sentido, se propone que el o la juzgador(a) analice:

- a. Si la decisión judicial es lógicamente coherente, y si tanto la premisa normativa como la premisa fáctica cumplen con el **principio de universalidad**, que ha sido antes explicado.
- b. Si la decisión judicial tiene consistencia y coherencia, tanto normativa como narrativa. En ese sentido, deberá analizar si la determinación es coherente con las normas principios y si se cumplen los criterios constitucionalizados de interpretación.
- c. Si tiene un argumento consecuencialista, es decir, si la determinación asumida toma en cuenta las consecuencias que puede generar.
- d. A partir de los sujetos intervinientes en el proceso, que fueron identificados desde la formulación del problema jurídico, se deberá examinar, si corresponde, si la decisión tiene un adecuado enfoque de género, generacional, intercultural e interseccional y si respeta las normas específicas de los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

ESQUEMA DEL PROCESO ARGUMENTATIVO

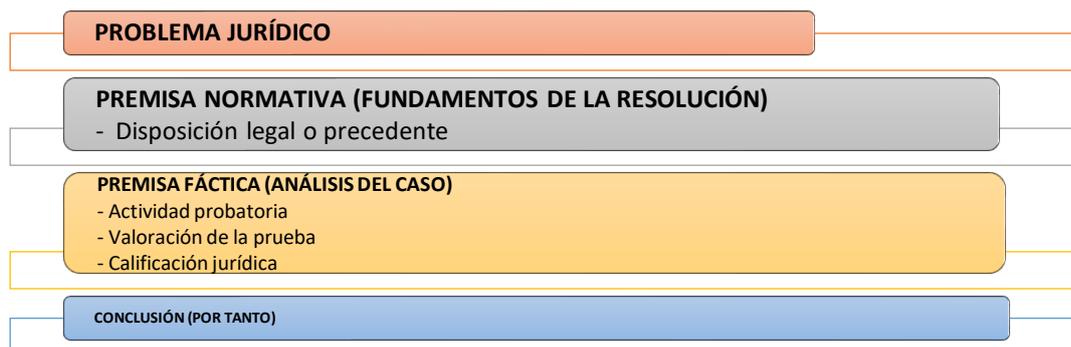
El proceso argumentativo antes descrito, podría ser esquematizado de la siguiente manera:



Por otra parte, y con la finalidad de ordenar los argumentos contenidos en el proceso descrito, la resolución judicial debería tener una estructura adecuada, sencilla y clara,

con la finalidad que sea fácilmente comprendida por los justiciables y por el público en general. En ese sentido, considerando tanto la premisa normativa como la fáctica, así como los diferentes argumentos que pueden ser formulados por la autoridad judicial, se proponen dos modelos, uno para los casos fáciles, y otro para los casos difíciles, conforme a lo siguiente:

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



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



UNIDAD DIDÁCTICA 4

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

4.1. Introducción

En el marco del Estado legislado de derecho monocultural, la ley era la única fuente directa del derecho, y la labor de los jueces se limitaba a efectuar una aplicación mecánica de la Ley, sin que les estuviera permitida la interpretación de las leyes; labor que, sin embargo, fue introduciéndose en la actividad jurisdiccional, hasta que en el Estado Constitucional, dicha labor interpretativa cobra mayor fuerza, en la medida en que la fuerza expansiva de la Constitución hace que las y los jueces, de manera permanente, tengan que interpretar las disposiciones legales desde y conforme a la Constitución y a las normas del bloque de constitucionalidad y, al hacerlo, crean precedentes, que se constituyen en fuente directa del derecho.

Este tránsito de la jurisprudencia es analizado en esta Unidad Didáctica, así como el análisis estático y dinámico de la jurisprudencia, con la finalidad de identificar el estándar jurisprudencial más alto y, en consecuencia, el precedente en vigor. También se tocan aspectos referidos a la independencia judicial y el cambio de jurisprudencia, bajo la lógica de los principios de favorabilidad y progresividad.

4.2. El sistema de derecho continental y su influencia en Bolivia

Conforme se ha señalado en unidades didácticas anteriores, desde la perspectiva del Estado Legislado, y en virtud al principio de legalidad, el derecho es válido por haber sido puesto por la autoridad que tiene competencia normativa, es decir el órgano legislativo, de ahí que sólo las leyes, emanadas de dicho órgano, eran consideradas como fuente de derecho. Así, bajo el positivismo jurídico, desde la perspectiva metodológica, una regla jurídica es derecho positivo aún sea incompatible con la justicia y la moral y, en ese sentido, desde una perspectiva ideológica, existe el deber de obedecer las reglas jurídicas cualquiera sea su contenido; por último desde una perspectiva teórica, el derecho es voluntad del Estado, y el ordenamiento jurídico es concebido como un todo coherente, unitario y pleno y, por ende, se excluyen otras fuentes de derecho.

Bajo dichas características, se ha señalado que los jueces se encuentran sometidos al principio de legalidad y se constituyen en meros aplicadores de la ley; se legitiman a partir de la exacta aplicación de la ley, bajo la metodología del silogismo jurídico a partir de la subsunción de los hechos en la ley. El juez no interpreta, sólo subsume a lo que establece la ley.

Es en el sistema de derecho continental, también denominado sistema romano francés, sistema romano germano francés o “civil law” -que es aplicado en Europa continental,

con raíces en el derecho romano, germano y canónico, así como en el pensamiento de la Ilustración- que las características antes anotadas, en cuanto a la aplicación del derecho por parte de las autoridades jurisdiccionales, se manifiesta con mayor fuerza; pues, dicho sistema tiene como elementos distintivos que su fuente principal es la ley y no así la jurisprudencia (como en el sistema del common law) y que las normas se encuentran en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados, es decir en Códigos, que tienen que ser aplicados por el poder judicial.

Paralelamente se encuentra otro gran sistema europeo: el Derecho Anglosajón o Common Law, que deriva del sistema aplicado en Inglaterra y que se utiliza en los territorios que tienen influencia inglesa. En este sistema, el derecho es creado por las autoridades judiciales, a través de sus decisiones. Así, a diferencia del civil law, el sistema anglosajón tiene como fuente principal a la jurisprudencia; pues se basa, sobre todo, en el análisis de las resoluciones judiciales creadas por un mismo juez o tribunal o por autoridades judiciales jerárquicas; resoluciones que pueden realizar interpretaciones que crean nuevas figuras jurídicas. El análisis de las resoluciones implica determinar su “*ratio decidendi*”, que significa “razón para decidir” o “razón suficiente”, de la cual se extrae la norma que debe ser aplicada a casos similares.

Cabe precisar que, actualmente, estos sistemas no son puros; pues, en el sistema anglosajón existen leyes que crean nuevos institutos jurídicos o fijan las reglas que anteriormente fueron señaladas por la jurisprudencia. Por su parte, en el sistema del *civil law*, el precedente jurisprudencial cada día adquiere mayor relevancia, pues se busca otorgar predictibilidad (certeza) a las resoluciones judiciales, por ello, en los ordenamientos jurídicos de muchos países –del sistema del *civil law*- se introducen cláusulas legales o constitucionales que establecen el carácter vinculante u obligatorio de los precedentes, en especial constitucionales.

Ahora bien, el sistema de derecho continental, no sólo prima en Europa, sino también en los territorios colonizados, como es el caso boliviano. Efectivamente, nuestro país nació a la vida republicana bajo el sistema de derecho continental, influenciada por el racionalismo codificador francés, en el que prevalece el principio de legalidad. Así, por una parte, el art. 104 de la CPE de 1826 establecía que “Ni el Gobierno, ni los tribunales, podrán en ningún caso alterar ni dispensar los trámites y fórmulas que prescriben las leyes, en las diversas clases de juicio”.

Por otra parte, el art. 110 de la CPE de 1826 establecía como atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, entre otras, “8. Oír las dudas de los demás tribunales sobre la **inteligencia de alguna ley**, y consultar al **Ejecutivo para que promueva la conveniente declaración en las Cámaras**”. Conforme a las normas constitucionales de 1826, las autoridades judiciales no podían efectuar interpretación alguna de la ley, sino que esta facultad estaba reservada al órgano legislativo.

En el mismo sentido, el Código de Procedimientos Santa Cruz, de 14 de noviembre de 1832, establecía en el art. 36 que:

“36. Los jueces de letras, en el caso de ocurrirles duda sobre la inteligencia de alguna ley, deberán dirigir sus consultas fundadas á la corte superior respectiva, haciéndolo por nota, en que no se haga relacion ni á las personas que litigan, ni al proceso”¹⁴⁷.

Sin embargo, como se tiene señalado, actualmente los sistemas no son puros, y esto se puede observar en el caso boliviano, que si bien nació bajo la influencia del sistema *civil law*, poco a poco se fueron incorporando algunos rasgos del sistema anglosajón, conforme se analizará en el siguiente punto.

4.3. La influencia del sistema anglosajón en Bolivia

La reforma constitucional de 1851, introdujo el principio de supremacía constitucional, conforme al siguiente texto del art. 82: “*El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones*”¹⁴⁸. Por la redacción del artículo glosado, se entiende que se adoptó el control difuso (americano) de control de constitucionalidad, por el que cualquier juez podía inaplicar una norma contraria a la Constitución, que será posteriormente explicado.

Fue la Ley de Organización Judicial de 1858 la que encomendó a la Corte Suprema el control concreto de las normas con efectos *inter partes*. Dicha atribución fue reconocida por la reforma constitucional de 18 de agosto de 1861, que en el art. 65.2, estableció como atribución de la Corte de Casación: “Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad de las leyes”. Paralelamente a esta norma, el art. 86 determinaba que “Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualquiera otras resoluciones”.

Consiguientemente, se puede afirmar que en Bolivia se adoptó un sistema difuso de control de constitucionalidad, pues todos los jueces podían inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, pero también se encomendó de manera expresa a la Corte Suprema la facultad de ejercer dicho control.

Esta atribución se mantuvo hasta la reforma constitucional de 1994. Así, el Código de Procedimiento Civil de 7 de agosto de 1975, en el Título VII, “Los procesos y recursos previstos en la Constitución Política del Estado”, instituyó el procedimiento para el proceso de “inconstitucionalidad o de inaplicabilidad”. Dicho control tenía efectos *inter partes*, y de acuerdo al art. 754 del CPC, toda persona agraviada por una ley, decreto o resolución podía acudir a la Corte Suprema, demandando la inaplicabilidad por

¹⁴⁷ También cabe mencionar a los arts. 1043, 1046 y 1070 del mismo Código que establecían:

“1.043. Las cortes superiores oíran a su fiscal en las consultas que les pidan los jueces inferiores sobre la inteligencia de alguna o de un sólo en el caso de la duda fundada, las pasarán a la suprema insertando a la letra la exposición del fiscal de lo contrario las devolverán con la fórmula siguiente: es decir.

1.046. Las consultas que se pasen a la Corte Suprema, sea por haberse encontrado mérito en la duda propuesta por los jueces inferiores, o bien cuando ella ha sido promovida por una corte superior, serán siempre acompañadas de un informe fundado del presidente de ésta, como también de los votos particulares en los ministros divergentes, si los hubo.

1.070. La Corte Suprema oír a las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y las consultará al gobierno siempre que sean fundadas”.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 133

inconstitucionalidad, en todo o en parte de una norma. Dicha demanda debía dirigirse contra la persona que se amparaba o se aprovechaba de la disposición o contra la autoridad que daba cumplimiento o ejecución a esa norma (art. 755 CPC).

La adopción de este sistema de control es fundamental, pues, si era posible declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos inter partes, los jueces debían actuar, de manera similar en casos análogos y sujetarse a sus precedentes, más aún cuando dicha atribución era ejercida por la Corte Suprema de Justicia. Entonces, esto supone que, de manera implícita, se introdujo el precedente –propio del sistema anglosajón- en la actividad jurisdiccional.

La reforma constitucional de 1994, supuso la creación de la jurisdicción constitucional. Efectivamente, el Capítulo III del Título Tercero, “Poder Judicial”, introduce al Tribunal Constitucional, como parte del poder judicial, con funciones específicas para ejercer el control de constitucionalidad, normativo, competencia y tutelar. La Constitución introduce el sistema preponderantemente concentrado de constitucionalidad, y en el art. 121 señala que:

- I. “Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno.
- II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.
- III. Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad. La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada.
- IV. La Ley reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos”.

La ley de desarrollo de la norma constitucional de 1994, la Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional, de 1 de abril de 1998, de manera expresa introdujo el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional, conforme al siguiente texto:

ARTICULO 44.- VINCULACION Y COORDINACIÓN.-

- I. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. **Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales.**
- II. Todos los órganos del Estado prestarán al Tribunal Constitucional con carácter preferente, urgente e inexcusable, la asistencia que éste requiera.

Dicha norma introduce, de manera expresa, el valor vinculante de los precedentes jurisprudenciales y, por lo tanto, una clara hibridación del del sistema romano con el anglosajón. Esta norma no fue recibida con beneplácito por muchos operadores de justicia, en especial por la Corte Suprema de Justicia, que propuso la modificación del art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, limitando el carácter vinculante de las Sentencias al Tribunal Constitucional al caso concreto, limitadas al art. 121.II de la CPE antes mencionado, es decir a los efectos de las Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes, decretos o cualquier clase de resoluciones, proponiendo el siguiente texto:

“Art. 44. Vinculación y coordinación.

I. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. **Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y su efecto vinculante está limitado a lo dispuesto por el art. 121-II de la Constitución Política del Estado**” (el resaltado es nuestro)

Como señala José Antonio Rivera Santivañez, esta modificación parte de una incorrecta interpretación de la norma prevista por el art. 121-II de la Constitución, y un inadecuado entendimiento de los efectos de las sentencias que se confunde con el carácter vinculante¹⁴⁹.

Frente a dicho planteamiento, el Tribunal formuló una posición contraria, expresada mediante una nota que fue dirigida al Presidente del entonces Congreso Nacional, que fue expuesta cuando se realizó una audiencia pública organizada por la Comisión Mixta de Constitución del Congreso Nacional realizada en Sucre, así como en un Seminario organizado por el Colegio Departamental de Abogados de La Paz¹⁵⁰.

El Tribunal sostuvo que no debía confundirse el carácter obligatorio y erga omnes de las resoluciones constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de una norma en el ejercicio del control normativo de constitucionalidad, con el carácter vinculante de las resoluciones constitucionales; carácter vinculante que, en general, se predica de todas las Sentencias, Declaraciones y Autos Constitucionales, aún las pronunciadas en el ámbito del control tutelar (recurso de amparo constitucional y recurso de hábeas corpus); toda vez que la vinculatoriedad de las Sentencias se encuentran en los fundamentos del fallo y no así en la parte resolutive.

Esta posición se sustentó, además, en que el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional está relacionado con: “*la posición que ocupa la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes del Derecho, es decir, si la jurisprudencia es fuente directa o auxiliar del Derecho, y b) el respeto a los precedentes, es decir, la obligatoriedad de los precedentes creados en las sentencias constitucionales*”¹⁵¹.

Así, en cuanto al sistema de fuentes, José Antonio Rivera Santivañez, sostiene que dicho tema está íntimamente vinculado al modelo de Estado y que, desde esa perspectiva, en el Estado constitucional, estructurado sobre valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías constitucionales, rige el principio de supremacía constitucional, en el que cambian las condiciones de validez de las leyes, pues ya no dependen sólo de la forma de su producción sino también, y principalmente, de la coherencia de sus contenidos con los valores y principios consagrados en la Constitución; por tanto, la Constitución es la fuente de legitimación del poder político, fuente y fundamento del ordenamiento jurídico; consiguientemente, se replantea el papel de las y los jueces y tribunales, que deberán aplicar la ley sólo si es

¹⁴⁹RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, *Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824, núm. 9, Madrid (2005), pág. 344.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

constitucionalmente válida, denunciando ante la justicia constitucional si se encuentran vicio de constitucionalidad.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad, en el marco de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que, de acuerdo Guastini, se caracteriza por una constitución invasora, que sea capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, siendo necesario que se presenten las siguientes condiciones: **a.** Una constitución rígida, es decir que sea escrita y protegida frente a la legislación ordinaria, lo que significa que no pueda ser modificada, derogada o abrogada mediante un procedimiento ordinario, sino por un procedimiento especial; **b.** La garantía jurisdiccional de la constitución, que requiere de un sistema de garantía y control de la constitucionalidad y un órgano especializado, como es el Tribunal Constitucional; **c.** La fuerza vinculante de la Constitución, pues las normas de ésta son verdaderas normas jurídicas, vinculantes, directamente aplicables y capaces de producir efectos jurídicos; **d.** La sobreinterpretación de la Constitución, en la medida en que todas las autoridades interpretan las disposiciones legales, siendo el Tribunal Constitucional el último intérprete de la Constitución, que contiene cláusulas abiertas e indeterminadas; Tribunal que, al efectuar su labor interpretativa, crea doctrina y subreglas, por lo que, el resultado de dicha interpretación, contenido en las sentencias constitucionales, adquiere carácter vinculante; **e.** La aplicación directa de las normas constitucionales, pues al tener el carácter de normas jurídicas, pueden producir efectos jurídicos y ser aplicadas por las autoridades judiciales en cualquier controversia sometida a su conocimiento; **f.** La interpretación conforme de las Leyes, por la cual se armoniza la ley con la Constitución Política del Estado, eligiendo, cuando se presente la posibilidad de una doble interpretación, aquella que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución; **g.** El valor de la jurisprudencia como fuente directa del Derecho en el Estado Constitucional, al ser concebida como fuente directa del derecho, bajo el entendido que la jurisdicción constitucional:

“a través del desarrollo del Derecho Judicial o Derecho Jurisprudencial, extrae de las normas implícitas de la Constitución sub-reglas concretas derivadas de los derechos abstractos, emergentes de la interpretación constitucional, lo que supone que a través de las sub-reglas concreta y otorga un contenido normativo concreto a las cláusulas abstractas de la Constitución con relación a los valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías constitucionales, que constituyen la base esencial del Estado Democrático de Derecho. De manera que, como afirma Rubio Llorente, la jurisdicción constitucional se constituye en la creadora del Derecho, por lo mismo la jurisprudencia constitucional es considerada por la doctrina como fuente directa del Derecho”¹⁵².

Con relación a los precedentes, la posición del Tribunal Constitucional, fue resaltar la función esencial que cumplen en el ordenamiento jurídico, incluso en los sistemas de derecho legislado: 1. Preservar 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; 2. La protección de los derechos fundamentales y las libertades, evitando variaciones en los criterios de interpretación; 3. Preservar la igualdad evitando que casos similares sean resueltos de manera distinta; 4. Ejercer el control sobre la actividad judicial imponiendo a los jueces y tribunales una

¹⁵² Ibid. p. 349 ss.

mínima racionalidad y universalidad, porque deben decidir el problema planteado a partir de razonamientos utilizados en anteriores supuestos resoluciones¹⁵³.

Lo señalado se vincula, indudablemente, con las características de los Estados Constitucionales y la modificación en la argumentación jurídica, siendo una de ellas la pluralidad de fuentes normativas, donde la jurisprudencia ocupa un lugar central a partir de concebirla como una fuente directa del derecho y, en ese sentido, debe mencionarse que el carácter vinculante de la jurisprudencia se constitucionaliza en la actual Constitución Política del Estado, que en el art. 203, expresamente 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”.

4.4. La jurisprudencia internacional e interna como fuente de derecho.

1.4.1. La jurisprudencia internacional

Como se señaló en el Módulo I, Derechos Humanos, los pronunciamientos de los órganos de los tratados del sistema universal de derechos humanos, es decir, las Recomendaciones u Observaciones de los diferentes Comités, tienen carácter vinculante, no sólo porque el Estado ha suscrito y ratificado los Pactos, Tratados o Convenciones que crean los órganos (Comités) que interpretan las normas contenidas en dichos instrumentos internacionales, sino también porque el Tribunal Constitucional utiliza dichas Recomendaciones u Observaciones en sus resoluciones, lo que determina que dicha interpretación se convierte en obligatoria internamente a partir del carácter vinculante y obligatorio de las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme establece el art. 203 de la CPE. Así, por ejemplo, cabe recordar a la SCP 206/2014 que exhortó a la Asamblea Legislativa Plurinacional para que, en el marco de la interpretación efectuada por el Tribunal, **las recomendaciones de los organismos internacionales** y el principio de progresividad de los derechos de la mujer, “desarrollen normas que garanticen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos conforme a lo establecido en el art. 66 de la CPE, y que las mismas coadyuven a resolver los abortos clandestinos”.

Por otra parte, en cuanto a los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, se concluyó en el mismo Módulo I que Bolivia ha suscrito la Convención y reconocido la competencia de: 1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para recibir y examinar comunicaciones y que, por ende, sus decisiones tienen valor vinculante para el Estado Boliviano, y 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ejercer tanto su función consultiva como contenciosa y, en consecuencia, sus resoluciones tienen carácter vinculante y obligatorio. Adicionalmente, conforme también quedó establecido, la SC 110/2010-R estableció que la jurisprudencia de la Corte IDH forma parte del bloque de constitucionalidad y ha aplicado los precedentes de dicha Corte en la sus Sentencias.

¹⁵³ Ibid.

En ese marco, también debe recordarse que de acuerdo al control de convencionalidad, es obligación de las autoridades, jueces, juezas y tribunales, contrastar las las normas, actos y resoluciones con los Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales es parte el Estado, así como con la **jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos y también con los pronunciamientos de los órganos del sistema universal de derechos humanos.**

En síntesis, se reitera la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 1250/2012 que se pronunció sobre las obligaciones de los Estados al suscribir una Convención o Tratado de derechos humanos, señalando que las mismas deben cumplirse de buena fe conforme al principio *pacta sunt servanda*. Así, luego de revisar informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Relatoría de la Libertad de Expresión y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos humanos, concluyó que **los órganos de control del sistema interamericano e incluso universal, efectuaron a su turno diversas observaciones a los Estados partes en general y al Estado boliviano en particular sobre la vigencia y aplicación del delito de desacato, por lo que mantener al interior del ordenamiento jurídico dicha tipificación, no sólo implicaría incumplir nuestros compromisos internacionales sino desprestigiaría ante el resto de la comunidad internacional, a gobiernos democráticos y legítimos -incluido claro está al propio Tribunal Constitucional Plurinacional- al sentar una injustificada sospecha sobre vulneración a la libertad de expresión.**

Ahora bien, tanto en la jurisprudencia interna como internacional, corresponde distinguir la parte resolutive de la razón de la decisión (*ratio decidendi*). En el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a la parte resolutive establece: **“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”** Conforme a esta norma, la parte resolutive, el por tanto, obliga únicamente al Estado parte; sin embargo, la razón de la decisión tiene carácter vinculante y, en ese sentido, en el **Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013**, la Corte interamericana de Derechos Humanos estableció:

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana».

I.4.2. La Jurisprudencia interna

I.4.2.1. Jurisprudencia constitucional

Conforme se ha señalado, el art. 203 de la CPE de manera expresa establece que 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.

Esta norma constitucional es desarrollada por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional¹⁵⁴, que en el art. 8 señala:

Artículo 8. “(OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD) Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio”.

Por su parte, el art. 15 del Código Procesal Constitucional también desarrolla la norma constitucional, conforme el siguiente texto:

ARTÍCULO 15. (CARÁCTER OBLIGATORIO, VINCULANTE Y VALOR JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS).

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.

II. **Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.**

El carácter vinculante de las resoluciones, conforme se señaló anteriormente estaba previsto en el art. 44 de la Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional y fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional desde las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional, que establecieron el carácter de fuente directa del derecho de la jurisprudencia. Así, la **SC 1781/2004-R, reiterada por la SCP 846/2012**, señaló:

“...la doctrina constitucional contemporánea le otorga [a la jurisprudencia] un lugar esencial **como fuente directa del Derecho**, por lo que se constituye en vinculante y obligatoria para el

¹⁵⁴ De acuerdo a la Disposición Final Tercera, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, queda derogada la parte segunda de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 de 6 de julio de 2010; consiguientemente, la Primera Parte aún está vigente.

resto de los órganos del poder público, particularmente para jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, cuya base y fundamento es la fuerza de la cosa juzgada constitucional que le otorga el Constituyente a las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional, tanto en su parte resolutive o decimum, como en sus fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquéllos, es decir la ratio decidendi o razón de la decisión”.

La jurisprudencia constitucional, conforme se verá posteriormente fue desarrollando el carácter vinculante de los precedentes efectuando interesantes precisiones sobre el valor de la jurisprudencia, la identificación del precedente y la ratio decidendi y la doctrina del estándar jurisprudencial más alto.

I.4.2.2. En la jurisdicción ordinaria

Si bien la Constitución Política del Estado hace referencia únicamente al carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional; empero, ello no significa que la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria, agroambiental e incluso de las autoridades administrativas no tenga carácter vinculante u obligatorio; al contrario, es evidente que las resoluciones de los tribunales de cierre son vinculante para las juezas, jueces, tribunales y autoridades de menor jerarquía.

Efectivamente, el art. 38 de la Ley del Órgano Judicial señala que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia tiene, entre otras atribuciones, la de “**Sentar y uniformar jurisprudencia**”. Por otra parte, el art. 42 de la misma Ley, 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**”.

En ese ámbito, es fundamental hacer referencia al Código de procedimiento penal que en el art. 420 establece:

“La sala penal de la Corte Suprema de Justicia pondrá en conocimiento de los tribunales de los tribunales y jueces inferiores las resoluciones de los recursos de casación en las que se establezca la doctrina legal aplicable.

La doctrina legal establecida será **obligatoria** para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación”.

Dicha norma, **reconoce de manera expresa el carácter obligatorio** de la doctrina legal aplicable sentada por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El Tribunal Constitucional, en la SC 493/2004-R, hizo referencia 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, a la **predictibilidad de las resoluciones**:

“III.3 El principio de **igualdad** y su proyección en el debido proceso.- El principio de **igualdad** consagrado por el art. 6.I constitucional tiene, como no puede ser de otra manera, su proyección en el orden procesal. Es así que de él surge un derecho subjetivo de los litigantes a obtener un trato igual en supuestos similares. Esto implica que los órganos jurisdiccionales están obligados a resolver bajo la misma óptica los casos que planteen la misma problemática. Para apartarse de

sus decisiones; esto es, del entendimiento jurisprudencial sentado, tienen que ofrecer una fundamentación objetiva y razonable.

En el caso de autos, se establece que las problemáticas jurídicas abordadas tanto en el Auto Supremo 34, como el Auto Supremo 323, están referidas a la procedencia o no del recurso de casación en las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia; sin embargo, mientras que en el primer caso se sienta la jurisprudencia según la cual, en los casos del art. 518 es “... inatinentemente acudir a la facultad conferida por los arts. 15 de la L.O.J y 252 del Cód. Pdto. Civ.”(sic); en el segundo se sostiene que “... el art. 15 de la Ley de Organización Judicial otorga al Tribunal Supremo la facultad de fiscalizar los procesos, a objeto de verificar si en ellos se guardaron las formas esenciales que hacen eficaz un proceso de conocimiento y fundamentalmente que las resoluciones que contengan sean útiles en derecho y guarden la **seguridad jurídica** que las partes buscan a través de aquel”; de lo que se constata que se ha quebrantado el principio de **igualdad**, en su vertiente procesal establecido por la Constitución; dado que si bien los Autos Supremos emitidos por la **Corte Suprema de Justicia**, con excepción de los pronunciados en materia penal, no son vinculantes, el hecho de que sea el mismo órgano jurisdiccional (la **Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia**) la que defina de manera distinta dos problemáticas jurídicas iguales, (esto es, la interpretación de los alcances de los preceptos jurídicos mencionados precedentemente), determina el quebrantamiento del principio constitucional aludido, lo que hace que sea aplicable al caso la tutela que brinda el art. 19 Constitucional”.

4.5. Definición de derecho jurisprudencial

De acuerdo a Carolina Schiele Manzar, el término jurisprudencia ofrece varios significados, algunos amplios, otros restrictivos, y otros técnicos. Así, en sentido amplio, la jurisprudencia es entendida como la “Ciencia del Derecho”; en un sentido menos amplio la jurisprudencia es definida como la doctrina que establecen las y los jueces al resolver un caso o los criterios de interpretación de las normas que establecen los tribunales. En un sentido más estricto la jurisprudencia es comprendida como el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, en los casos resuelto por los Tribunales máximos de justicia, a quienes les corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho efectuada por las y los jueces inferiores, mediante la unificación de los criterios de interpretación¹⁵⁵.

Ahora bien, desde una perspectiva material vinculada a la valoración de la jurisprudencia como fuente de derecho, que contiene una definición estricta de jurisprudencia, ésta es entendida como **aquella norma** –norma adscrita o subregla- contenida en la resolución de un tribunal, que se origina en la interpretación e integración de las disposiciones legales o en la ponderación de las normas constitucionales o del bloque de constitucionalidad. Así, la jurisprudencia como fuente de derecho implica la **creación judicial del derecho**; pues, a partir de la actividad realizada por las y los jueces se otorga un nuevo sentido a la norma (interpretación), se cubre los vacíos legales (integración) o se determina la preponderancia condicionada de una norma principio con relación a otra (ponderación).

El sentido restrictivo de la definición de la jurisprudencia como fuente del derecho se justifica en mérito a que, como se ha concluido, Bolivia recibió la influencia del sistema romano germano francés o “civil law”; consecuentemente se estructuró bajo un sistema

¹⁵⁵ Schiele Manzar, Carolina, *La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia*, en

escrito y bajo la égida del principio de legalidad, aunque posteriormente, conforme se ha visto, este sistema ha sido hibridado con la incorporación, por ejemplo, del principio de supremacía constitucional y el sistema difuso de control de constitucionalidad, la reforma constitucional de 1994, con la consiguiente creación del Tribunal Constitucional, el reconocimiento legal del carácter vinculante de las resoluciones constitucionales y el reconocimiento de un pluralismo jurídico subordinado; hasta llegar a un nuestra Constitución actual, donde se consagra no sólo el principio de constitucionalidad o supremacía constitucional, sino también el principio de convencionalidad (arts. 13, 256 y 410 de la CPE), se reconfigura al máximo órgano de control de constitucionalidad, al otorgarle el carácter de Plurinacional, se constitucionaliza la vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, se reconoce la vigencia de pluralismo jurídico igualitario, y la consagración, en las leyes, de la facultad de la máxima instancia en la jurisdicción ordinaria de unificar la jurisprudencia, amén de la expresa previsión contenida en el Código de procedimiento penal, respecto al carácter obligatorio de la doctrina legal aplicable.

Conforme a lo anotado la jurisprudencia en sentido material, como fuente directa del derecho, es aquella que va más allá de la ley y que supone, por tanto la creación judicial del derecho, inclusive en el ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, toda vez que, en el marco de los criterios plurales o interculturales de interpretación del derecho y de los derechos, y del relacionamiento, coordinación y cooperación entre ambos sistemas, se generarán precedentes que deberán ser aplicados en casos con supuestos fácticos similares.

4.6. ¿Quiénes crean derecho?

En el marco de lo anotado precedentemente, la creación del derecho no es una atribución exclusiva de las máximas instancias judiciales; pues las juezas, jueces y tribunales realizan esa labor –o deberían hacerlo- de manera cotidiana; pues conforme se ha señalado, la labor de la autoridad judicial no es mecánica y no se limita a aplicar silogísticamente lo que dice la ley; sino que, es imprescindible que la disposición legal sea contrastada con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, y que se otorgue a dicha disposición legal una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado o, puede suceder que exista un vacío legal o una antinomia, supuestos en los cuales será necesario acudir a la integración o a la aplicación de los principios cronológico, de especialidad, jerárquico o de competencia para resolver el caso, o puede también suceder que exista un conflicto entre normas principios.

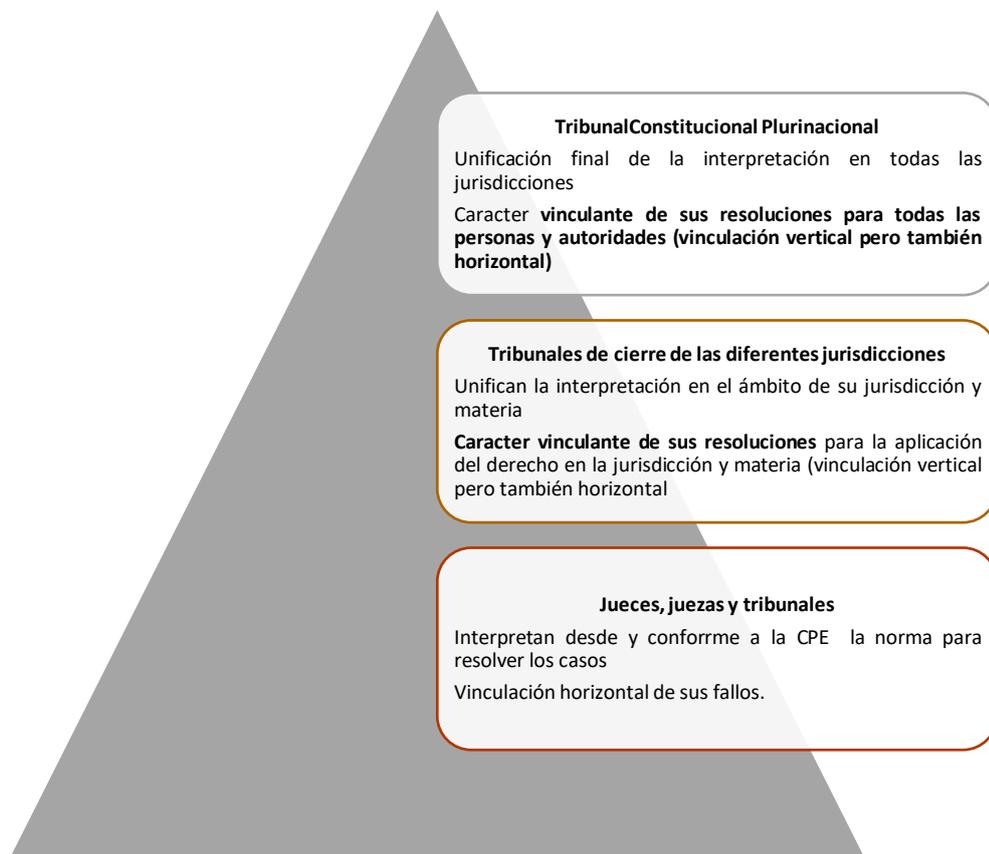
En todos los supuestos anotados, la autoridad jurisdiccional que resuelve el caso genera normas adscritas, subreglas, las cuales deben ser aplicadas por la misma autoridad, cuando resuelva supuestos fácticos similares; por ende, dicha autoridad se encuentra reatada a sus precedentes, que es lo que se denomina **vinculatoriedad horizontal**; es decir, una jueza, juez o tribunal, en el marco de la predictibilidad, debe aplicar sus propios precedentes a casos similares.

Sin embargo, es evidente que en el marco del principio de unidad de la función judicial, previsto en el art. 179.I de la CPE, la interpretación, integración o ponderación realizada por los jueces, juezas y tribunales puede ser revisada, primero por las instancias de

apelación, luego por las de casación, que como hemos visto, tienen la función de unificar la jurisprudencia y, finalmente, si dicha interpretación, integración o ponderación resulta lesiva a derechos y garantías fundamentales, las partes podrán acudir a la vía constitucional a través de las acciones de defensa, alegando vulneración al debido proceso por una interpretación arbitraria o irrazonable de la legalidad ordinaria; justicia constitucional que, a través de su órgano de cierre, otorgará la interpretación última de la disposición legal que, de acuerdo al art. 203 de la CPE tiene carácter vinculante para todas y todos los jueces, juezas, tribunales y autoridades administrativas.

En el mismo sentido, las resoluciones de la jurisdicción indígena originaria campesina, puede ser revisadas por la justicia constitucional en el marco del control plural de constitucionalidad y, por ende el entendimiento generado por el Tribunal Constitucional, respecto a sus normas, competencias y resoluciones también tiene el carácter vinculante previsto en el art. 203 de la CPE.

Así, es posible graficar lo descrito de la siguiente manera:



4.7. El análisis estático de la jurisprudencia

El análisis estático de jurisprudencia implica el examen aislado de una Resolución; análisis que puede ser realizado en cualquier tipo de resoluciones judiciales e, inclusive, administrativas, sin importar la materia, aunque, claro está, el examen reviste mayor

importancia en las resoluciones de cierre, por los argumentos anotados en puntos anteriores.

El análisis estático supone identificar las partes de una Resolución desde la perspectiva del derecho jurisprudencial, sin embargo, antes de ello corresponde, de manera resumida, precisar la estructura de las resoluciones, conforme a lo siguiente:



4.7.1. Las partes de una resolución desde la perspectiva del derecho jurisprudencial

Las partes de una Resolución **desde la perspectiva jurisprudencial** se extraen de la parte considerativa; es decir, donde se desarrolla fundamentación normativa y la motivación fáctica; sin embargo, es evidente que éstas tienen una evidente relación con los antecedentes y la parte resolutive, conforme se estudiará y, por ello, es indispensable que, al identificar las partes de una resolución desde el derecho jurisprudencial, las mismas sean relacionadas con los antecedentes y la parte resolutive.

De manera esquemática, en el derecho jurisprudencial se identifican las siguientes partes: ***obiter dictum***, ***ratio decidendi*** y **precedente**.

4.7.1.1. **Obiter dictum**

En la doctrina anglosajona, se distingue entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*; distinción que ha sido utilizada por la jurisprudencia constitucional desde el inicio de su actividad jurisdiccional. Esta distinción no es superflua, sino que tiene su razón de ser en que, como los jueces y demás autoridades tienen que seguir los precedentes para supuestos nuevos que tengan analogía de supuestos fácticos, deben identificar claramente la parte que les resulta vinculante.

En ese sentido, como anota Diego Eduardo López¹⁵⁶, a veces las sentencias no establecen con claridad las “sub-reglas” o normas adscritas, sino que éstas tienen que ser extraídas o reconstruidas en las sentencias más complejas y, en ese sentido, las sentencias tienen que ser interpretadas y sólo después de ese análisis es posible extraer el derecho jurisprudencial, es decir la subregla judicial. Por otra parte, las sentencias no se contentan con enunciar reglas (o subreglas o normas adscritas), sino que también desarrollan “obiter dicta” (plural de obiter dictum); es decir “dichos al pasar” que si bien forman parte importante de la sentencia para su comprensión, no se constituyen en la parte esencial de la misma, pues independientemente de ella el fallo persiste, en otras palabras viene a ser la complementación o base de la argumentación realizada por el juez, jueza o tribunal, pero el razonamiento jurídico de fondo.

Sin embargo, los obiter dicta tienen su importancia porque, por una parte, pueden desarrollar conceptos o definiciones, desarrollando derechos o institutos jurídicos que pueden ser utilizados como **jurisprudencia indicativa o jurisprudencia conceptual**, en diferentes resoluciones, sin necesidad de que exista identidad de supuestos fácticos, por ejemplo, el desarrollo de una definición del derecho de petición en el ámbito municipal, puede ser utilizada en el ámbito departamental o nacional; por otra parte, puede ser que incidentalmente se toque un tema o se interprete una norma no vinculada al problema jurídico planteado por las partes y tampoco a la parte resolutive; supuesto en el cual también nos encontramos ante un obiter dictum que no tiene carácter vinculante, pero que sin embargo, puede resultar relevante porque contiene un “indicio” de cómo podría razonar un juez, jueza o tribunal para resolver futuro caso que se les plantee, por ello, esta jurisprudencia “indiciaria”, si bien no tiene carácter vinculante, proporciona argumentos para futuras interpretaciones.

4.7.1.2. Ratio decidendi

La ratio decidendi ha sido tradicionalmente entendida como la parte central o neurálgica de una resolución, al constituirse en la razón de la decisión, esto es, en el razonamiento jurídico central de la resolución, sin la cual la parte resolutive no encontraría sentido o estaría incompleta, es decir, es la fundamentación imprescindible o necesaria que sustenta el fallo. Es en la ratio decidendi donde la doctrina señala que se encuentra el precedente, es decir la norma adscrita o la subregla que tiene carácter vinculante y obligatorio.

Sin embargo, como se verá, la jurisprudencia constitucional boliviana ha efectuado una distinción, señalando que no toda la ratio decidendi constituye el precedente, sino únicamente la parte de la ratio donde el juez, jueza o tribunal desarrolla la interpretación, la integración o la ponderación de las normas que serán aplicadas al caso en análisis; pues es en ese momento donde el Tribunal, luego de la argumentación correspondiente establece la subregla o norma adscrita, que luego se aplica al caso en análisis, es decir en la motivación fáctica.

¹⁵⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, República de Colombia, 2006.

Una resolución o sentencia puede tener una o más ratio decidendi, dependiendo de los problemas jurídicos planteados en la demanda, acción o recurso; pues si son dos o más la jueza, juez o tribunal tiene la obligación de responder a todos ellos y, por ende, existirán dos o más razones de la decisión.

4.7.1.3. El precedente

Como se ha señalado, el precedente es la parte de la Sentencia que tiene carácter vinculante y obligatorio, y es entendido **como la subregla o la norma adscrita** a la que llega la jueza, juez o tribunal, después de un proceso de argumentación contenido en la Resolución; en otras palabras, el precedente es el fruto de la interpretación, integración o la ponderación que realiza la autoridad jurisdiccional, creando derecho al momento de aplicar la norma al caso concreto.

De acuerdo a Carlos Bernal Pulido, 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 **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 generalmente se encuentra en la parte de los fundamentos jurídicos de la Resolución, es decir, donde se desarrolla el marco normativo aplicable al caso y se realiza la interpretación, integración o ponderación; aunque en algunos casos el precedente puede ser encontrado en la motivación fáctica, por la técnica utilizada –que no es aconsejable– por el juez, jueza o magistrado, que podría mezclar la fundamentación jurídica y la motivación fáctica; supuestos en los cuales se hace referencia al **precedente implícito**, pues no se encuentra claramente identificado en la resolución.

Ahora bien, debe precisarse que no todas las Sentencias tienen un precedente, porque no todas “crean” derecho –conforme se precisó al hacer referencia a la definición de jurisprudencia en sentido estricto como fuente directa de derecho. En ese sentido, existirán algunas resoluciones que se limitarán a aplicar lo dispuesto en la ley, efectuando un razonamiento silogístico, o puede ser que otras se limiten a reiterar un precedente anterior, por lo que sólo se constituirán en sentencias reiteradoras o confirmadoras.

De lo anotado se puede señalar que si bien todas las resoluciones tienen –o deberían tener– una razón de la decisión (ratio decidendi), porque en ellas se explican los fundamentos y motivos por los que aplican la ley o reiteran un entendimiento jurisprudencial, no todas crean derecho.

Los aspectos antes anotados, y la diferenciación entre la ratio decidendi y el precedente ha sido anotada por la jurisprudencia constitucional en la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, en los siguientes términos:

SCP 0846/2012

III.3.2.2. Distinción entre precedente constitucional y la ratio decidendi

En efecto, si nos preguntamos ¿qué parte de las resoluciones constitucionales es vinculante?, no podríamos concluir simple y llanamente que es la ratio decidendi, debido a que todas las resoluciones tienen una o varias razones jurídicas de la decisión, empero, no todas crean Derecho, Derecho de origen jurisprudencial, a través de la interpretación, integración e interrelación de las normas. Por ello, que existe diferencia entre ratio decidendi y precedente constitucional.

Entonces, 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. Como ocurrió en las siguientes resoluciones: La interpretación de una norma jurídica Declaración Constitucional 003/2005-R de 8 de junio, (interpretación del art. 118.5 CPE); SC 0101/2004-R, interpretación del art. 133 y de la Disposición Transitoria Tercera del Código de Procedimiento Penal. La integración SC 1351/2003-R de 16 de septiembre, e interrelación, SC 0421/2007-R de 22 de mayo, de las normas jurídicas.

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.

Entonces, es posible afirmar que es vinculante el precedente constitucional contenido en la ratio decidendi. Es decir, en la ratio decidendi se encuentra el precedente constitucional. El precedente constitucional es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo (AC 004/2005-ECA y SC 186/2005-R).

Entonces ¿Qué es el precedente constitucional vinculante? Para responder a esta cuestionante, es preciso redundar en que: No es el texto íntegro de la sentencia, no es sólo la parte resolutoria de la sentencia (decisum), no es el obiter dictum, no es toda la ratio decidendi. Los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. 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 sub-regla, “Es el corazón de la decisión, de la cosa decidida”.

Al igual que en la ratio decidendi, una Resolución puede tener dos o más precedentes, dependiendo de los problemas jurídicos planteados y de si la autoridad judicial generó subreglas o normas adscritas para resolver cada uno de los problemas planteados.

4.7.2. Especial referencia a la parte resolutoria o decisum

El decisum no es otra cosa que la parte resolutoria de la resolución, es la decisión de la autoridad jurisdiccional sobre el problema jurídico que le fuera planteado. Esta decisión, claro está debe responder a la fundamentación jurídica y a la motivación fáctica y al

problema jurídico que se planteó; pues, de lo contrario no existiría congruencia interna en la resolución.

Cabe señalar que, al igual que en los pronunciamientos del sistema universal e interamericano, la parte resolutive no debe ser confundida con la ratio decidendi y el precedente, conforme lo explicó la SCP 0846/2012:

SCP 0846/2012

III.3.2.1. Diferencia entre vinculatoriedad y los efectos de la parte resolutive

a) Efectos de la parte resolutive

Cuando señala el art. 15.I del CPCo, que: “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”, se está refiriendo a los efectos de la parte resolutive de la sentencia, es decir, a los efectos de la decisión, es decir, del “Por Tanto”, de la resolución.

Estos efectos de la parte resolutive son dos: 1) “inter partes”, que implica la obligatoriedad para las partes intervinientes, es decir, solo afecta a ellas, como ocurre en las sentencias de acciones de defensa (acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección a la privacidad, acción popular y acción de cumplimiento), declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional; y, 2) “erga omnes”, que implica la obligatoriedad para todos, es decir, tiene efecto general, como ocurre en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y el recurso contra tributos.

La SC 1310/2002-R de 28 de Octubre, ya señaló que: “... Si bien todo fallo que emite este Tribunal en recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, tiene efectos inter partes (sólo afecta a las partes), los fundamentos determinantes del fallo o rationes decidendi, son vinculantes y, por tanto, de obligatoria aplicación para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades, tribunales y jueces (en todos sus niveles jerárquicos), así lo determina el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional...”.

b) **Carácter vinculante de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional**

En ese orden, de razonamiento, cuando el art. 15.II del del CPCo, refiere que: “Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tiene carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares”; no se está refiriendo a los efectos de la sentencia constitucional, sino por el contrario a qué parte de la sentencia constitucional tiene carácter vinculante. Según el artículo mencionado el carácter vinculante recae sobre las razones jurídicas de la decisión, es decir, sobre la ratio decidendi; sin embargo al respecto, debe realizarse la siguiente precisión que distingue entre el precedente constitucional y la ratio decidendi.

4.7.3. Técnicas para la identificación de la ratio decidendi y el precedente.

Se ha señalado en párrafos anteriores que para la identificación de las partes de una resolución en el ámbito del derecho jurisprudencial es necesario relacionarlas con el problema jurídico planteado y con la parte resolutive:

- Los fundamentos jurídicos y la motivación fáctica deben responder al problema jurídico
- Los fundamentos jurídicos y la motivación fáctica sustentan la resolución.

En ese ámbito una técnica para la identificación de la ratio decidendi es efectuar preguntas vinculadas a los motivos por los cuales se declaró probada/improbada una demanda o procedente/improcedente un incidente o una apelación, o se casó o declaró infundado un recurso, bajo diferentes modalidades. En el siguiente cuadro, se formulan preguntas vinculadas a una acción de defensa:

¿Por qué el Tribunal concedió o denegó la tutela impetrada? (Se parte de la parte resolutive)	La respuesta se constituye en la ratio decidendi debe ser buscada en los Fundamentos Jurídicos.
¿Por qué concluyó el Tribunal que los actos u omisiones de la autoridad demandada eran ilegales o indebidos? (Se parte del problema jurídico y de la parte resolutive)	
¿Por qué concluyó que se lesionaron determinados derechos fundamentales o garantías constitucionales?	

Una vez encontrada la ratio decidendi de una Resolución, corresponde la identificación del precedente y, para el efecto, se acude a la parte de la resolución que contiene la fundamentación normativa, es decir, el desarrollo normativo o jurisprudencial contenido en la resolución y nos preguntamos cuál es el fundamento normativo de la decisión y si dicho fundamento se encuentra en la ley, si ésta ha sido interpretada de alguna manera o si, al contrario el Tribunal ha utilizado criterios de ponderación para la resolución del caso:

1. ¿Cuál es el fundamento normativo de la decisión?	Identificamos la norma aplicada o el precedente jurisprudencial aplicado.
2. ¿El fundamento normativo de la decisión se basa únicamente en la ley o ésta ha sido interpretada? ¿El fundamento normativo reitera un precedente o genera uno nuevo o modifica, reconduce o muta uno anterior?	Identificamos si la Ley ha sido interpretada. Identificamos si se reitera, crea, modifica, reconduce o muta un precedente.
3. ¿Cuál es la interpretación de la ley? ¿Cuál es el nuevo entendimiento jurisprudencial?	Identificamos el precedente

4.8. Análisis dinámico de la jurisprudencia

Para la identificación del precedente en vigor, no es suficiente la identificación del precedente a través del análisis estático de la resolución, explicado en la anterior Unidad Didáctica, por cuanto se debe analizar el conjunto de razonamientos elaborados sobre el tema y los cambios que se han dado en torno a los precedentes, en mérito a que la jurisprudencia es dinámica; análisis que es fundamental tratándose los tribunales de cierre.

Para el análisis dinámico de la jurisprudencia es indispensable, entonces, efectuar un estudio de las líneas jurisprudenciales de un Tribunal, porque sólo así es posible apreciar de manera sistemática el desarrollo de la jurisprudencia e identificar el precedente constitucional en vigor. En ese sentido la SCP 846/2012, estableció:

SCP 846/2012

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.

Por otra parte, cabe señalar que el análisis dinámico de la jurisprudencia puede extenderse a otros tribunales nacionales e internacionales, pues a partir de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, que será explicada posteriormente, es posible encontrar precedentes internos o externos que tengan un entendimiento más amplio, extensivo y favorable de un derecho o garantía constitucional.

4.8.1. La línea jurisprudencial

Mucho se habla de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, sobre su importancia y efectos, no obstante poco se conoce sobre las técnicas para el análisis de las sentencias, cómo encontrar o identificar las líneas jurisprudenciales, analizarlas y entenderlas para su correcta aplicabilidad.

Así como una línea es la prosecución de puntos a seguir hasta formar una línea, con los entendimientos asumidos por la jurisprudencia constitucional sobre el tema sucede lo mismo, en otras palabras, **la línea jurisprudencial es el entendimiento o interpretación constitucional sobre un determinado tema o asunto jurídico en una problemática, fallo que al ser reiterado se convierte en una línea jurisprudencial sólida**, de tal manera que con ello se genera seguridad jurídica hacia la ciudadanía en general que en esencia, más allá de las autoridades públicas es el destinatario de la misma porque es quien en esencia vive la consecuencia jurídica de este entendimiento.

SCP 846/2012

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.

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.

Conforme a la Sentencia glosada, para identificar una línea jurisprudencial es preciso el análisis de los diferentes tipos de sentencias, que a la vez derivan de un determinado tipo de jurisprudencia.

4.8.2. Los tipos de jurisprudencia y de Sentencias

Es importante señalar que, siguiendo la doctrina del Derecho Judicial, convencionalmente se puede identificar dos categorías de jurisprudencia: la jurisprudencia indicativa; y la jurisprudencia precedencial o de los precedentes obligatorios, conforme se pasa a explicar:

4.8.2.1. Jurisprudencia indicativa

La jurisprudencia indicativa, conocida también como jurisprudencia conceptual, está constituida por aquellas partes de la sentencia en la que se consignan los conceptos jurídicos sobre determinados tópicos como ser instituciones jurídicas, derechos fundamentales, etc. La aplicación de esta jurisprudencia es opcional, pues no tiene fuerza vinculante; por lo mismo para su aplicación a casos posteriores no exige de la concurrencia de supuestos fácticos análogos, ya que cada caso nuevo se resuelve de conformidad con la Ley y el concepto jurídico común anteriormente definido.

También son entendidos como jurisprudencia indicativa –más propiamente indiciaria– los argumentos adicionales expuestos por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la parte de los fundamentos jurídicos de su sentencia, con la finalidad de ilustrar de mayor forma su decisión; por lo tanto, son argumentos complementarios al fundamento central o la razón de la decisión, que no son imprescindibles para sostener la decisión o el fallo.

La jurisprudencia indicativa, conocida también como jurisprudencia conceptual –según Rivera– está constituida por aquellas partes de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional consigna los conceptos jurídicos sobre determinados tópicos jurídicos o instituciones jurídicas. La aplicación de esta jurisprudencia es opcional, pues no tiene

fuerza vinculante; por lo mismo para su aplicación a casos posteriores no exige de la concurrencia de supuestos fácticos análogos, ya que cada caso nuevo se resuelve de conformidad con la Ley y el concepto jurídico común anteriormente definido.

Para que quede aún más claro lo que es la jurisprudencia indicativa, traeremos como ejemplo algunas sentencias que la contengan, así por ejemplo, en la SCP 06/2012 encontramos en uno de los Fundamentos Jurídicos el desarrollo sobre el triple carácter tutelar de la acción de libertad, cuando textualmente señala que:

“...la acción de libertad, es un mecanismo de protección constitucional, tendiente a brindar la defensa y protección correspondiente cuando el derecho a la libertad, se ve vulnerado, tanto en lo que respecta a la libertad personal como el derecho a la vida, mostrando de esa manera su esencia característica de ser una acción tutelar, tanto preventiva, correctiva y reparadora, garantizando de esa forma el derecho a la libertad, y más aún cuando hay una interrelación directa de esta con el derecho a la vida”.

Esas características, enunciadas en la Sentencia de referencia, se constituyen jurisprudencia indicativa, por cuanto, únicamente desarrollan o amplían el concepto del carácter tutelar de la acción de libertad, que resulta ser un argumento complementario a la resolución del caso, que no define el caso en concreto, es decir, que la decisión de la problemática planteada no será decidida en base a aquel, sino que, ayuda, apoya, complementa la lógica en base a la cual, se resolverá el caso en concreto, más no es imprescindible en la resolución del caso para asumir la decisión o el fallo.

Otro ejemplo, encontramos en aquellas Sentencias, donde se cita la naturaleza jurídica de una determinada acción tutelar, su finalidad, características, etc., todas aquellas se tratan de jurisprudencia indicativa, conforme el concepto vertido precedentemente.

4.8.2.2. Jurisprudencia precedencial

La jurisprudencia precedencial es aquella que funda, modula, confirma, muta o reconduce un precedente. Puede ser dividida en jurisprudencia precedencial relevante y jurisprudencia precedencial reiteradora o confirmadora.

4.8.2.2.1. La jurisprudencia precedencial relevante

Es aquella en la que el juez, jueza o tribunal, a través de la interpretación, integración de disposiciones legales o en su caso la ponderación, genera subreglas o normas adscritas, creando, por lo tanto, derecho al momento de aplicar la norma al caso concreto; por eso mismo se denominan “relevantes”.

Dentro de estas sentencias se encuentran:



Este tipo de Sentencias, es denominada por Diego Eduardo López Medina¹⁵⁷ en su obra “El Derecho de los Jueces” como Sentencias “Hito”, entendidas como:

“como aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias usualmente originan cambios o giros dentro de la línea. Estas Sentencias se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Usualmente son sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de Magistrados disidentes”.

Cada una de las Sentencias consideradas relevantes, es explicada a continuación:

a. Sentencias fundadoras

En muchos casos existen posiciones no asumidas con firmeza pero que vienen a constituir un antecedente, situación que en otros casos no se dan y de manera directa se sienta el entendimiento; lo cierto es que existe un fallo constitucional en el cual en base a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, genera un entendimiento, una interpretación aplicable ante determinadas situaciones.

La regla está determinada por la norma jurídica, y la sub-regla por la jurisprudencia, que no es otra cosa que la interpretación de tal modo que indica cómo debe aplicarse, lo cual se da en situaciones en que la norma no es precisa o lo suficientemente clara, de tal manera que en adelante los juzgadores o autoridades deben sujetarse a esa interpretación.

El constitucionalista y ex Presidente del Tribunal Constitucional, Willman Ruperto Durán Ribera, en su obra “Líneas Jurisprudenciales Básicas del Tribunal Constitucional” señala que: “hay sentencias básicas o creadoras de línea. Se atribuye esta calidad a la sentencia que define con anterioridad a las demás, la problemática jurídica planteada en el recurso en cuestión”.

¹⁵⁷ Diego Eduardo López Medina; “El Derecho de los Jueces” Editorial Legis, Bogotá Colombia; 2001, Segunda Edición, pág. 69.

Conforme a lo anotado las Sentencias fundadoras son las que resuelven por primera vez un problema jurídico, creando, fundando un precedente. Un ejemplo de este tipo de Sentencias, puede encontrarse en la SCP 0010/2018-S2, que luego de efectuar un análisis interseccional de caso, al tratarse de una persona adulta mayor privada de libertad, cruzándose, por tanto dos categorías sospechosas, fijó criterios para la detención preventiva de las personas adultos mayores, en el FJ. III.4., conforme a lo siguiente:

SCP 0010/2018-S2

III.4. Criterios para la aplicación de la detención preventiva de personas adultas mayores

Considerando los criterios antes anotados; y en especial, la obligación estatal de generar enfoques específicos para considerar las situaciones de discriminación múltiple, referidas en los Fundamentos Jurídicos desarrollados precedentemente, las autoridades judiciales en la consideración de la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva para una persona adulta mayor, deben efectuar: a) Una valoración integral de la prueba con carácter reforzado; y, b) Un análisis de la aplicación de la medida cautelar a partir del principio de proporcionalidad, en el que se analicen las particulares condiciones de las personas adultas mayores.

En cuanto a la valoración de la prueba con carácter reforzado, la autoridad judicial está compelida a:

a.1) Analizar todos los elementos probatorios desde una perspectiva diferenciada, esto es en función al contexto y realidad social del adulto mayor, tomando en cuenta sus limitaciones y afectaciones propias de su edad, principalmente precautelando su salud e integridad física; de ahí que la tarea intelectual en la compulsa de elementos aportados por las partes procesales que pretendan acreditar o desvirtuar posibles riesgos procesales, deben ser valorados de forma amplia, favorable y no restrictiva o perjudicial, evitando formalismos y exigencias de imposible cumplimiento para las personas adultas mayores, pues en su mayoría se encuentran enfermas, laboralmente inactivas, sin patrimonio y muchas veces sin un entorno familiar; circunstancias últimas que de ninguna manera, pueden servir de fundamento en una resolución para acreditar o mantener subsistentes riesgos procesales; pues de hacerlo se incurriría en una falta evidente de razonabilidad y equidad por parte de la autoridad; y,

a.2) Analizar los riesgos procesales de fuga y obstaculización previstos en el art. 233.2 del CPP, efectuando exigencias mínimas respecto a las circunstancias descritas en dicha norma, en especial las contenidas en el art. 234 del CPP.

Respecto al análisis de la medida cautelar a partir del principio o test de proporcionalidad, la autoridad judicial debe analizar:

b.1) Si la detención preventiva es idónea o adecuada para la finalidad buscada con dicha medida; es decir, asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley,

b.2) Si la detención preventiva es necesaria o existen otras medidas menos graves, que restrinjan en menor medida el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida, considerando la especial situación de vulnerabilidad de las personas adultas mayores; y por ende, interpretando la necesidad de la medida de manera restrictiva, tomando en cuenta en todo momento su dignidad y el mandato convencional que promueve la adopción de medidas cautelares diferentes a las que impliquen privación de libertad; y,

b.3) La proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en analizar 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; debiendo considerarse todas las consecuencias que la medida cautelar conlleva, tomando en cuenta la agravación de las condiciones de vulnerabilidad de las personas adultas mayores.

b. Sentencias Moduladoras

La jurisprudencia es dinámica y no estática, en otras palabras, puede modificarse, cambiarse, evolucionar, sea ampliando o restringiendo su aplicación; sin embargo, conforme se verá en la siguiente Unidad Didáctica, es evidente que existen algunas condiciones para el cambio de precedentes, siendo una de ellas, el respeto a los principios de progresividad y favorabilidad, cuando la resolución está vinculada a derechos fundamentales o garantías constitucionales. Por otra parte, las modulaciones o cambios desarrollados deben ser claros y lo suficientemente fundamentados y, además, deben ser difundidos, con la finalidad de generar seguridad jurídica en operadores de justicia y población.

Al respecto el citado constitucionalista, Willman Ruperto Durán Ribera¹⁵⁸, sostiene que: *“la Sentencia moduladora de línea jurisprudencial se caracteriza por dotar a la línea básica matices o modulaciones sin contradecir los fundamentos determinantes o rationes decidendis de la sentencia fundadora de la línea. Estos fallos pueden estrechar o ampliar el entendimiento jurisprudencial primigenio, conservando incólume el precedente”*.

En síntesis, las sentencias moduladoras, son aquellas que realizan alguna modificación, precisión o complementación al precedente fundador, pero que no implica un cambio radical del mismo. Es posible ejemplificar este tipo de sentencias a partir de la línea jurisprudencial sobre el control y revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria que efectúa el Tribunal Constitucional, conforme a lo siguiente:

REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGALIDAD ORDINARIA

- **SENTENCIA FUNDADORA: SC 1846/2004-R**, “Si bien la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser labor de la jurisdicción común, corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso (...) ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”.
- **SENTENCIA MODULADORA: SC 0085/2005-R**: Estableció los supuestos en los que la justicia constitucional puede ingresar a revisar la interpretación de la legalidad ordinaria, determinado que es preciso: “1) Exponer de manera adecuada, precisa y debidamente fundamentada, los criterios interpretativos que no fueron cumplidos o fueron desconocidos por el juez o tribunal que realizó la interpretación de la norma al caso concreto (...) 2) Exponer qué principios fundamentales o valores supremos no fueron tomados en cuenta o fueron desconocidos en la interpretación que considera lesiva a sus derechos (...) 3) Qué derechos fundamentales han sido lesionados con dicha interpretación que considera arbitraria y a los resultados que hubiese arribado con la interpretación que indica es la correcta”.

c. Sentencias Mutadoras o cambiadoras de línea

Siguiendo el razonamiento anterior, dada la dinamicidad de la jurisprudencia, y toda vez que la norma debe responder a una realidad concreta, lo propio sucede con la

¹⁵⁸ Willman Ruperto Durán Ribera, *Líneas Jurisprudenciales Básicas del Tribunal Constitucional*, Editorial El País, 2003, Santa Cruz Bolivia, pág. 20

jurisprudencia, ello puede darse por una situación superada por la evolución normativa, o porque se considera que fue un equívoca la interpretación, bajo la condición que dicha mutación sea realizada en el marco de los principios de progresividad y favorabilidad, conforme quedó expresado en párrafos precedentes. Estos cambios pueden ser realizados, en muchos casos, tratándose de tribunales, a partir de los votos disidentes de las resoluciones, ya que a la larga generan un re-análisis para ese cambio.

Se deja expresa constancia que estos casos deben ser también debidamente motivados y justificados, evitando que se den cambios tácitos, lo cual significa que se debe hacer mención que se está dando un cambio jurisprudencial.

En síntesis, la sentencia mutadora o cambiadora de línea es aquella que efectúa un giro substancial o un cambio de entendimiento respecto a un precedente constitucional. Para ejemplificar este tipo de sentencias, acudiremos, nuevamente a la línea jurisprudencial sobre el control y revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria que efectúa el Tribunal Constitucional, conforme a lo siguiente, a partir del cuadro anotado anteriormente:

REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGALIDAD ORDINARIA

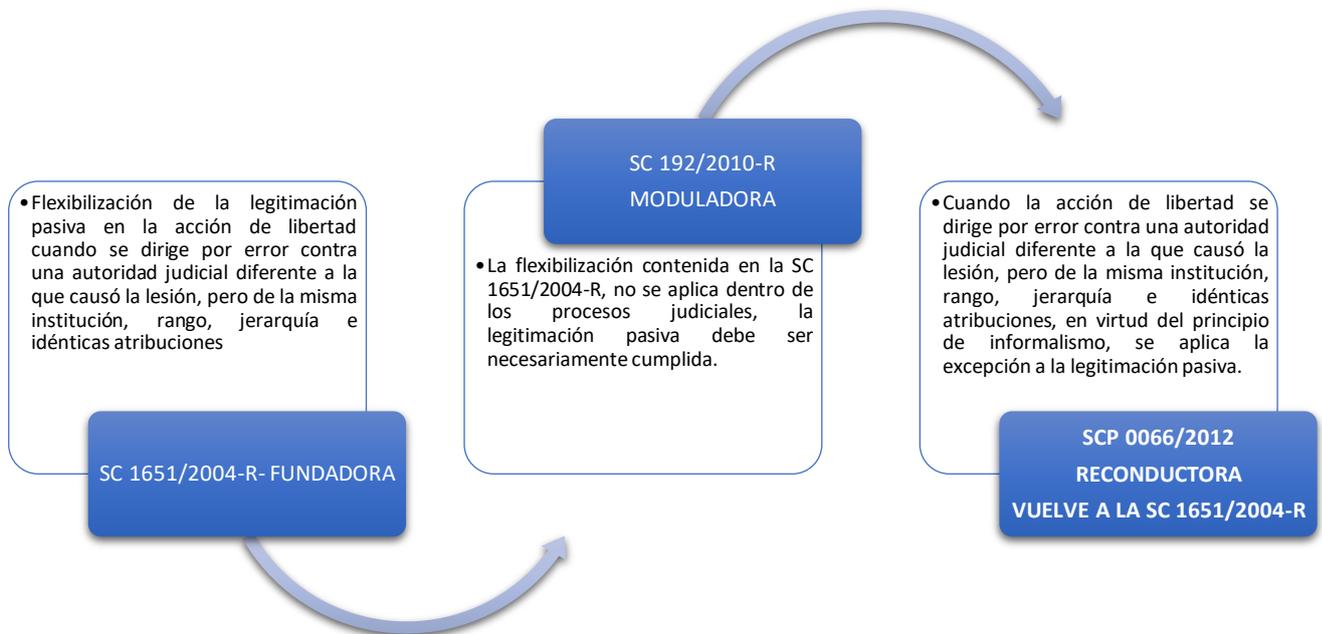
- **SENTENCIA FUNDADORA:** SC 1846/2004-R, “Si bien la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser labor de la jurisdicción común, corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso (...) ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnera principios y valores constitucionales”.
- **SENTENCIA MODULADORA:** SC 0085/2005-R: Estableció los supuestos en los que la justicia constitucional puede ingresar a revisar la interpretación de la legalidad ordinaria, determinado que es preciso: “1) Exponer de manera adecuada, precisa y debidamente fundamentada, los criterios interpretativos que no fueron cumplidos o fueron desconocidos por el juez o tribunal que realizó la interpretación de la norma al caso concreto (...) 2) Exponer qué principios fundamentales o valores supremos no fueron tomados en cuenta o fueron desconocidos en la interpretación que considera lesiva a sus derechos (...) 3) Qué derechos fundamentales han sido lesionados con dicha interpretación que considera arbitraria y a los resultados que hubiese arribado con la interpretación que indica es la correcta”.
- **SENTENCIA MUTADORA:** SCP 410/2013: SCP 0410/2013, Estableció que el incumplimiento de la carga argumentativa exigida por la SC 0085/2006-R, no es causal de denegatoria de la acción de amparo constitucional:
- “...se entiende que las reglas y subreglas contenidas en la doctrina de las auto restricciones de la jurisdicción constitucional, respecto al canon de interpretación de la legalidad ordinaria, así como la valoración integral de la prueba, son instrumentos al servicio de la persona que crea sus derechos vulnerados, que bien utilizados redundará en una mejor comprensión del tema por parte de la jurisdicción constitucional y con ello mayores posibilidades de concesión de la tutela requerida, por ello su buen uso deviene en una ventaja procesal; mientras que para el Tribunal Constitucional Plurinacional, son herramientas de verificación de la legalidad y constitucionalidad de las resoluciones judiciales; pero en ningún caso se pueden aplicar para rechazar o denegar la activación de la jurisdicción constitucional por el sólo hecho de no haber sido nombradas en el memorial de amparo”.

d. Sentencias Reconductoras

Una vez asumido un cambio de línea, pueden presentarse situaciones en las que el nuevo entendimiento genera efectos jurídicos negativos y repercute en la afectación a los derechos fundamentales, en ese caso, es posible que de manera objetiva se reconozca el error y se retome el precedente anterior que fue cambiado; es decir, es posible reconducir el precedente y volver al anterior entendimiento jurisprudencial que ya se tenía asumido, esa es la reconducción de la línea jurisprudencial, que también debe

encontrarse justificada y motivada, anunciando la reconducción de ese entendimiento, evitando hacerlo tácitamente.

Un ejemplo de este tipo de sentencias puede encontrarse en la jurisprudencia constitucional, en la excepción de la legitimación pasiva dentro de las acciones de libertad.



e. Sentencias Sistematizadoras

Son aquellas que –como su nombre indica- sistematizan, los precedentes que componen una línea jurisprudencial, tema, instituto jurídico o derecho; precedentes que se encuentran dispersos en varias resoluciones. Este tipo de Sentencias, generalmente, luego de realizar la sistematización establecen de manera clara las subreglas aplicables a un problema jurídico. Ejemplos de este tipo de sentencias se encuentran en la SCP 2149/2013 que sistematizó las subreglas vinculadas a la dilación en la tramitación del recurso de apelación de medidas cautelares, dentro de las acciones de libertad traslativas o de pronto despacho;

SCP 2149/2013

“Del repaso de la jurisprudencia constitucional vinculada a la tramitación del recurso de apelación previsto en el art. 251 del CPP, y con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a los justiciables, corresponde sistematizar las subreglas que han sido delineadas por este Tribunal, conforme a lo siguiente:

- i) Interpuesto el recurso de apelación contra las resoluciones que resuelven medidas cautelares, las actuaciones pertinentes deben ser remitidas en el plazo de veinticuatro horas previsto en el art. 251 del CPP; plazo que, por regla general, debe ser cumplido por las autoridades judiciales.
- ii) No obstante lo señalado precedentemente, es posible que el plazo de remisión de los antecedentes del recurso de apelación, de manera excepcional, y en situaciones en que exista una justificación razonable y fundada sobre las recargadas labores de la autoridad jurisdiccional, por las suplencias o la pluralidad

- de imputados, es posible flexibilizar dicho plazo a tres días, pasado el cual la omisión del juzgador se constituye en un acto.
- iii) Cuando el recurso de apelación previsto en el art. 251 del CPP, sea formulado de manera escrita, debe ser providenciado por la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas, de conformidad al art. 132 del CPP; providencia a partir de la cual se computan las veinticuatro horas previstas para la remisión de las actuaciones pertinentes ante el tribunal de apelación.
 - iv) Cuando el recurso de apelación sea formulado de manera oral, corresponde que la autoridad judicial decrete su remisión en audiencia, para que a partir de dicha providencia se compute el plazo de veinticuatro horas previsto en el art. 251 del CPP; aclarándose que la fundamentación jurídica y expresión de agravios debe ser efectivizada en la audiencia de apelación.
 - v) No corresponde condicionar la remisión de antecedentes del recurso de apelación al tribunal superior con el cumplimiento de la provisión de recaudos de ley dispuesta por la autoridad judicial, y menos puede computarse el plazo de veinticuatro horas previsto en el art. 251 del CPP, a partir que el recurrente otorga dichos recaudos, en virtud a los principios de gratuidad, pro actione, y los derechos de impugnación y acceso a la justicia.
 - vi) No corresponde que el decreto de remisión de antecedentes al tribunal de apelación sea notificado personalmente y, en consecuencia, deberá notificarse en una de las formas previstas en los arts. 161 y 162 del CPP, en el plazo previsto en el art. 160 del citado Código; únicamente para efectos de conocimiento de las partes, sin que a partir de dicha notificación se compute el plazo de veinticuatro horas previsto por el art. 251 del CPP; pues, se reitera, el cómputo de ese plazo se inicia desde el decreto de remisión dictado por el juez y, en ese sentido, no se debe condicionar la remisión del recurso de apelación a una eventual contestación de la otra parte”.

Otras sentencias sistematizadoras: la **SCP 0112/2012**, que sistematizó la línea jurisprudencial sobre las reglas procesales penales construidas jurisprudencialmente vinculadas a la demora en la tramitación de la solicitud de cesación de la detención preventiva y en la fijación de la respectiva audiencia; la **SCP 0137/2012** sobre la notificación al tercero interesado en la acción de amparo constitucional; la **SCP 1478/2012** sobre vías de hecho en la acción de amparo constitucional, entre otras.

4.8.2.2.2. Jurisprudencia precedencial reiteradora o confirmadora

Es aquélla que reitera los precedentes contenidos en la jurisprudencia relevante; es decir, la que confirma un precedente contenido en una Sentencia fundadora, moduladora, reproductora o mutadora o, si corresponde, en una sentencia sistematizadora.

Dentro de este tipo de jurisprudencia, se encuentran las sentencias confirmadoras, que aplican un precedente constitucional a supuestos fácticos similares. Cabe señalar que estas sentencias no son consideradas relevantes porque se limitan a aplicar un precedente anterior.

Diego Eduardo López, sostiene que este tipo de sentencias “son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio

contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias los jueces descargan su deber de obediencia al precedente”¹⁵⁹. Cabe señalar que las sentencias confirmadoras son las más numerosas dentro de un tribunal de cierre y, en especial en el Tribunal Constitucional Plurinacional, en tanto que las sentencias relevantes constituyen un porcentaje menor.

Ejemplos de estas sentencias se pueden encontrar en numerosas Sentencias en el ámbito constitucional, como por ejemplo, las que reiteran el precedente contenido en la SCP 160/2005-R sobre subsidiariedad excepcional de la acción de libertad (SSCCPP 123/2018-S3, 0051/2018-S2, 008/2018-S3, entre otras).

Cabe señalar que esta clasificación de las sentencias ha sido realizada en la sistematización de la jurisprudencia constitucional efectuada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que se encuentra en la página web del Tribunal Constitucional Plurinacional, a la cual se puede acceder en la siguiente página web: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/>.

En dicha sistematización, además, se incorporó dentro de la clasificación a: **1.** las **“Sentencias Aplicadoras”**, que son aquellas que no crean derecho, es decir, son las que no realizan ninguna interpretación de la disposición legal, sino que la aplican de manera simple y pura. **2.** **“Primera sentencia confirmadora”**, que es –como su nombre indica– la primera sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional que confirma un precedente pronunciado por el Tribunal Constitucional de los diez primeros años (1999-2009) o del Tribunal Constitucional Transitorio (2010-2011). Por ejemplo, la SCP 36/2012, reiteró el precedente contenido en la SC 0258/2011-R, que estableció que no procede la acción de cumplimiento cuando no se evidencia la existencia de un deber claro, expreso y exigible contenido en una norma constitucional o legal.

TEMAS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL- Rivera Santivañez, José Antonio

La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional o la del “precedente constitucional obligatorio” se refiere a la obligatoriedad horizontal (para el propio Tribunal o Corte Constitucional o tribunales ordinario de su misma jerarquía), y vertical (para los jueces y tribunales de jerarquía inferior) que despliega la jurisprudencia constitucional precedencial contenida en una sentencia constitucional. Ello supone que aquellas consideraciones normativas en las que se consignan las normas adscritas o sub reglas creadas, extrayendo de las normas implícita de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de los futuros casos que presenten supuestos fácticos análogos.

El carácter vinculante del precedente tiene como condición la analogía de supuestos fácticos, por lo mismo, para su adecuada utilización, el hecho que se pretende resolver debe ser similar al que fue resuelto por el precedente que se quiere aplicar.

La jurisprudencia precedencial o de los precedentes obligatorios está constituida por aquella o aquellas partes de la Sentencia en la que el Tribunal Constitucional consigna las subreglas o las normas adscritas que dan concreción normativa de las cláusulas abstractas o generales que tienen las normas de la Constitución o las leyes ordinarias, señalando su sentido

¹⁵⁹ LOPEZ MEDINIA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, op. cit. p. 76.

normativo a partir de su interpretación, integración o interrelación; dicho desde otra perspectiva son aquellas consideraciones de carácter normativo expresados por el Tribunal Constitucional al resolver un caso concreto. Esta jurisprudencia se constituye en un precedente obligatorio, toda vez que al consignar una subregla o norma adscrita adquiere una fuerza gravitacional para la decisión de un caso nuevo que tenga supuestos fácticos análogos, de manera que obliga horizontalmente al propio Tribunal Constitucional y verticalmente a los tribunales y jueces inferiores en la jerarquía jurisdiccional.

Es decir, que la jurisprudencia precedencial o de los precedentes obligatorios está constituida por aquella o aquellas partes de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional Plurinacional, consigna las sub reglas o las normas adscritas que dan concreción normativa de las cláusulas abstractas o generales que tienen las normas de la Constitución o las leyes ordinarias, señalando su sentido normativo a partir de su interpretación, integración o interrelación; dicho desde otra perspectiva son aquellas consideraciones de carácter normativo expresados por el Tribunal Constitucional al resolver un caso concreto. Esta jurisprudencia se constituye en un precedente obligatorio, toda vez que al consignar una sub regla o norma adscrita adquiere una fuerza gravitacional para la decisión de un caso nuevo que tenga supuestos fácticos análogos, de manera que obliga horizontalmente al propio Tribunal Constitucional y verticalmente a los tribunales y jueces inferiores en la jerarquía jurisdiccional.¹⁶⁰

4.8.3. ¿Cómo identifico el precedente en vigor? La doctrinal del estándar jurisprudencial más alto.

En principio, y desde un análisis estático de una sentencia constitucional, podría concluirse que el precedente identificado es el que tienen el carácter vinculante y obligatorio; sin embargo, es evidente que sobre un mismo problema jurídico, podrían existir –y de hecho existen- precedentes contradictorios, especialmente en los tribunales de cierre y, en particular, dada la relevancia constitucional que tienen los precedentes, en el Tribunal Constitucional Plurinacional, que, para la revisión de las resoluciones pronunciadas en las acciones de defensa, se encuentra dividido en Salas (cuatro) y, por lo mismo, existen contradicciones entre ellas.

Podría sostenerse, desde un análisis cronológico de los precedentes, que el que se encuentra en vigor es el último precedente y, en ese sentido, la clasificación de las Sentencias que ha sido estudiada en el punto 4.8.2. de este texto, cobra singular importancia, porque tendrá que identificarse la última Sentencia moduladora, cambiadora de línea, reconductora, etc. y, a partir de ese análisis, identificar el precedente que se encuentra en vigor.

Sin embargo el análisis meramente cronológico de la jurisprudencia, en especial cuando se trata de derechos fundamentales y garantías constitucionales, no es conforme a nuestra Constitución Política del Estado, la cual introduce criterios de interpretación de derechos humanos, entre los que se encuentran los principios de favorabilidad y de progresividad. Según dichos principios se debe aplicar en los problemas jurídicos planteados, la norma y el entendimiento jurisprudencial que sea más favorable al derecho fundamental, que desarrolle de manera más amplia y progresiva el contenido

¹⁶⁰ Rivera Santivañez, José Antonio, TEMAS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Tercera edición, Editorial Kipus 2011, pág.289

de un derecho, considerando, además, que en materia de derechos humanos, siempre se debe ir hacia adelante, con interpretaciones evolutivas, y jamás de manera regresiva.

A partir de lo señalado, es evidente que el análisis dinámico de la jurisprudencia para definir cuál es el precedente en vigor, ya no se basa en un criterio cronológico, sino, por mandato constitucional, en los principios de progresividad y favorabilidad; esto significa que el precedente en vigor deberá ser elegido a partir de la comparación de las diferentes sentencias que han abordado un problema jurídico, un instituto jurídico, un derecho para, luego de su examen, escoger aquel precedente que, a la luz de los supuestos fácticos, desarrolle de manera más extensa, amplia y favorable el derecho, independientemente que exista una Sentencia posterior como un entendimiento contrario o regresivo que expresamente hubiere modulado o cambiado el entendimiento favorable.

Este ha sido el razonamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional que fue sentado en la SCP 2233/2013, que estableció que el precedente constitucional en vigor o vigente, resulta aquél que acoja el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocado, esto es, aquella decisión que hubiera resuelto un problema jurídico de manera más 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, por lo que la invocación y aplicación de un precedente debe ser escogido después el examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente fijándose el criterio temporal del mismo, esto es, el último en términos de fecha de emisión por el Tribunal Constitucional, que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho.

Efectivamente, dicha Sentencia, en el FJ. III.3., expresamente señala lo siguiente:

SCP 2233/2013

Nos referimos, con la expresión estándar más alto de la jurisprudencia constitucional, para resaltar 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. 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 aquél que resulte de dicha comparación (...).

En este sentido, el uso del estándar más alto de la jurisprudencia constitucional al menos tiene 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. Este entendimiento tiene su fundamento en lo establecido por los arts. 13.IV y 256 de la CPE, 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”.

El entendimiento contenido en la SCP 2233/2013, posteriormente fue complementado por la SCP 0087/2014, que enfatizó en que la:

“... forma de identificación del precedente constitucional en vigor a través de la lectura contextualizada de la línea jurisprudencial que requería como única condición el criterio temporal del precedente, resultando el último en términos de fecha de emisión por el Tribunal Constitucional (que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento) tuvo una evolución significativa, por cuanto a partir de la SCP 2233/2013-de 16 de diciembre, la justicia constitucional entendió que el precedente constitucional en vigor, resulta aquél que acoja el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocado, provocando con ello, que la invocación y aplicación de un precedente sea escogido dentro del contexto de la línea jurisprudencial ya no solamente fijándose el criterio temporal del mismo, sino sobre todo aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho”.

Por otra parte, cabe señalar que la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, no se limita al análisis de la jurisprudencia de un Tribunal o Corte, sino que puede extenderse, como se dijo, a otros tribunales internos o internacionales; es más, a partir del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, las y los jueces y tribunales de las diferentes jurisdicciones y también claro está el Tribunal Constitucional Plurinacional, están obligados a aplicar los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre y cuando claro está, contengan un entendimiento más favorable y progresivo. Conforme a ello, será válido, a partir del estándar jurisprudencial más alto, acogerse, por ejemplo, a un precedente interamericano –más progresivo y favorable– antes que a un precedente del Tribunal Constitucional Plurinacional, sin que ello implique vulneración al art. 203 de la CPE; pues, en todo caso, a partir del principio de especialidad, priman las normas constitucionales que establecen los criterios de interpretación de los derechos humanos contenidas en los arts. 256 y 13 de la CPE.

Esto es lo que sucedió en la SCP 19/2018-S2, en la que se efectuó un diálogo entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de la Corte IDH, para la definición del estándar jurisprudencial más alto respecto al derecho a la reparación, concluyen el Tribunal que dicho estándar se encuentra en la jurisprudencia de la Corte IDH:

SCP 019/2018-S2

(...) la Corte IDH fue delineando una línea jurisprudencial en la que desarrolló medidas de reparación con carácter integral y no únicamente patrimonial. Así, podemos citar que estas medidas incluyen la restitución, indemnizaciones económicas por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Las medidas de reparación anotadas deben ser aplicadas por todos los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco del control de convencionalidad, lo que significa que la reparación prevista en el art. 113.I de la CPE, que fue referida precedentemente, debe ser comprendida dentro de los parámetros establecidos por la Corte IDH que, conforme a las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 2233/2013 de 16 de diciembre y 0087/2014 de 4 de noviembre y a los principios de favorabilidad y progresividad -arts. 13 y 256 de la CPE- contiene el estándar más alto de protección al derecho de reparación; en ese sentido, debe acogerse lo desarrollado por la Corte IDH (...)"

Ahora bien, pueden existir casos en los que la identificación del precedente en vigor, a partir de la favorabilidad y progresividad, no sea suficiente para resolver el caso; así, piénsese en los supuestos en que existan normas principios en conflicto; por ejemplo, los derechos del imputado vs. los derechos de una víctima de violencia sexual. En este caso, es evidente que podríamos encontrar el estándar jurisprudencial más alto respecto a los derechos del imputado, pero también podríamos identificar al estándar jurisprudencial más alto respecto a los derechos de la víctima **¿Cuál aplicamos entonces?**.

En estos casos, en los que existe conflicto de derechos, corresponderá efectuar la ponderación correspondiente, determinando, qué derecho prevalece en el caso concreto, bajo determinadas condiciones; consecuentemente, en estos supuestos se deberá explicar por qué no se aplica uno u otro precedente (el que favorece a la víctima o al imputado, en el ejemplo), argumentando que ante una colisión de derechos corresponde efectuar la ponderación pertinente, sin decantarse, en abstracto, por uno u otro derecho.

4.9. Las condiciones para la vinculatoriedad del precedente

Las condiciones para la vinculatoriedad del precedente han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional en numerosas sentencias, por lo que en el presente texto se presenta un resumen de dichas condiciones para que el precedente resulte vinculante:

1. **Debe existir analogía de supuestos fácticos entre el caso resuelto antes, y el nuevo que se está por resolver.** La SC 502/2003-R: estableció: *“Por regla general se tiene que una Sentencia Constitucional constituye un precedente obligatorio que por analogía se debe aplicar a casos futuros; pero para que esta regla se efectivice, se debe tomar en cuenta que tanto en el caso anterior como en el nuevo deben concurrir... los hechos concretos o el conjunto fáctico...”*. En el mismo sentido el AC 004/2005-ECA y la SC 186/2005-R:

“(....) corresponde aclarar que esa aplicación obligatoria de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio; desde otra perspectiva, se puede señalar que cuando no existe la concurrencia de la

analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio”.

2. **Es preciso identificar el precedente constitucional en vigor, efectuando un análisis dinámico de la jurisprudencia (SCP 046/2012):** Que supone una labor de comparación del precedente a aplicarse con la línea jurisprudencial, debiendo para el efecto, tomarse en consideración los siguientes aspectos:
3.
 - **Cuando no existen** precedentes contradictorios y, por el contrario, la línea jurisprudencial es uniforme en el tiempo o en su caso existen modulaciones o mutaciones explícitas, el precedente en vigor es el último, temporalmente hablando.
 - Cuando existen precedentes contradictorios, **el precedente en vigor es el que contenga el estándar más alto de protección del derecho en juego**, conforme lo ha entendido la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 2233/2013, reiterada por la SCP 87/2014-S3 y por la SCP 19/2018-S2.

4.10. La vinculatoriedad horizontal y vertical

Se ha hecho referencia, en puntos anteriores, que la vinculatoriedad del precedente puede ser vertical u horizontal, dependiendo, además, de la jerarquía de la autoridad jurisdiccional que crea el precedente. Así, si se trata de una jueza, juez o tribunal de primera instancia, el precedente que genere tendrá una vinculación horizontal, es decir para el mismo juez que debe sujetarse a sus precedentes, salvo que, como se verá posteriormente, en posteriores casos interprete de manera evolutiva la norma en un sentido más favorable y progresivo.

Bajo la misma lógica, tratándose de tribunales de apelación, el precedente que genere tendrá una vinculación vertical, respecto a los jueces, juezas y tribunales de primera instancia y una vinculación horizontal respecto al mismo tribunal de apelación, que debe aplicar sus precedentes a supuestos fácticos similares, salvo, claro está, lo señalado en el anterior párrafo, en sentido que es posible el cambio de precedentes cuando efectúe una interpretación más favorable y progresiva.

En cuanto a los tribunales de cierre el precedente generado por ellos tiene una vinculación vertical, con relación a todas las juezas, jueces y tribunales de la jurisdicción correspondiente; por otra parte, las y los magistrados que componen el tribunal de cierre están vinculados horizontalmente a sus propios precedentes, conforme ya quedó establecido en anteriores temas en este texto. Cabe señalar que también estos tribunales pueden modificar sus precedentes, bajo una interpretación progresiva y favorable.

Finalmente, es preciso puntualizar que tratándose de las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, el alcance de la vinculatoriedad es mayor; pues, como órgano que da unidad a la interpretación de las normas y los derechos, el art. 203 de la CPE, tantas veces citado en este texto, establece que sus resoluciones tienen carácter vinculante y obligatorio para todas las autoridades, cuando se presenten supuestos fácticos análogos, claro está. Ahora bien, el Tribunal Constitucional Plurinacional

también puede cambiar sus precedentes, sin embargo, se sujeta también a criterios de favorabilidad y progresividad y a otras condiciones que serán explicadas a continuación.

4.11. La vinculatoriedad del precedente y la independencia judicial

Desde la regulación del carácter vinculante de las resoluciones constitucionales en la Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional, se debatió mucho sobre la independencia judicial y la sujeción de las y los jueces a la Ley y la Constitución Política del Estado y no así a la jurisprudencia; a tal extremo que, conforme se ha visto, se quiso eliminar el carácter vinculante de las resoluciones constitucionales, a partir de un proyecto promovido por la entonces Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en la primera unidad didáctica y en otros Módulos, ha quedado establecido que actualmente existe una pluralidad de fuentes normativas y que la jurisprudencia es fuente directa del derecho, como se infiere del art. 203 de la CPE, y en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en las SSCC 1781/2004-R, 1369/2010-R y SCP 0846/2012, entre otras. Consecuentemente, sostener que las y los jueces actualmente sólo deben obediencia a la Ley y la Constitución, no resulta adecuado, porque ello implicaría, por una parte, desconocer las bases mismas de nuestro sistema constitucional y, por otra, continuar bajo un modelo positivista, regido bajo el principio de legalidad, ignorando a la ley y la misma Constitución Política del Estado pueden ser interpretadas por jueces, juezas y tribunales.

No obstante lo anotado, cabe precisar que la vinculatoriedad del precedente no significa que la jurisprudencia sea inmutable y que las y los jueces no puedan apartarse del precedente en vigor; al contrario, es posible hacerlo, pero bajo determinados criterios que a continuación se pasan a explicar:

1. **Disanalogía:** Cuando no existe identidad o similitud de supuestos fácticos no existe la obligación de aplicar el precedente; pues como se ha visto, una de las condiciones para su vinculatoriedad es precisamente la analogía de supuestos fácticos.

Sin embargo puede suceder que las variaciones en los hechos sean aparentemente mínimas, pero que, por sus particularidades, no den lugar a la aplicación del precedente. En estos supuestos, es posible aplicar la disanalogía, es decir **distinguir el precedente**, explicando por qué en el caso concreto no se aplica el precedente. Esta tarea argumentativa es fundamental, por cuanto si no se otorgan las razones de por qué no se aplica el precedente a un caso aparentemente igual o similar, la o el justiciable podría sostener que ese fallo es arbitrario y que se ha lesionado su derecho a la igualdad.

Cabe señalar que la argumentación exigida no queda satisfecha con simplemente señalar que el caso tiene supuestos fácticos diferentes, sino que es preciso explicar por qué son diferentes y por qué no se aplica el precedente. En ese sentido, Diego Eduardo López sostiene que esta técnica para apartarse del

precedente debe ser utilizada “con altos niveles de auto-restricción y expuestas en muy claras y persuasivas cadenas argumentativas”¹⁶¹

Por otra parte, debe aclararse que la identidad o similitud de supuestos fácticos, exige que exista coincidencia **en los hechos** que motivan la demanda, la acción o el recurso y no en otros detalles accesorios que pueden ser prescindibles para la aplicación del precedente. Así, en materia constitucional, se exige la analogía en el **acto impugnado** de vulnerar derechos fundamentales y garantías constitucionales. Por ejemplo, si se concedió la tutela porque la resolución revisada no efectuó un juicio de proporcionalidad en la sanción disciplinaria aplicada en el ámbito educativo, dicho precedente puede ser utilizado en otro caso en el que tampoco se hubiere efectuado el juicio de proporcionalidad en la aplicación de una sanción, pero en el ámbito de salud.

Nótese entonces que el acto impugnado en la vía constitucional es la desproporcionalidad de la sanción aplicada dentro de un proceso disciplinario; por tanto, el que sea en el ámbito educativo o de salud, no tiene mayor relevancia para la aplicación del precedente, porque el juicio de proporcionalidad es consustancial a todas medidas restrictiva de derechos.

2. **Interpretación más favorable y progresiva o que desarrolle de mejor manera los principios y valores constitucionales:** Esta posibilidad tiene su fundamento en los principios de favorabilidad y progresividad, y tiene las siguientes manifestaciones:

a. **Aplicación de precedentes más favorables y progresivos de otros Tribunales:** Ya se estableció que la doctrina del estándar jurisprudencial más alto no implica únicamente efectuar la comparación de los precedentes dentro de un Tribunal, sino que también es posible extender el análisis a otros Tribunales internos o internacionales, que podrían haber realizado un interpretación más amplia, favorable y extensiva. Es más, como se dicho, dicha labor resulta obligatoria tratándose de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional se ha pronunciado en ese sentido, en la SCP 0019/2018-S2 antes mencionada, al integrar dentro del ámbito de la reparación por vulneración de derechos fundamentales prevista en el art. 113 de la CPE, a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que dicha interpretación, en el marco de las SSCPP 2233/2013 y 0087/2014 y los principios de favorabilidad y progresividad contiene el estándar más alto de protección al derecho de reparación y que, por lo tanto, debía acogerse lo desarrollado por la Corte IDH.

b. **Interpretación más favorable desarrollada por el juez, jueza o tribunal:** Otro supuesto que podría presentarse es que la autoridad judicial se aparte del precedente de los Tribunales de cierre (Tribunal Constitucional

¹⁶¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, op. cit. p. 134.

Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia) o de los de apelación, o que finalmente cambie su propio precedente, por haber efectuado una interpretación más favorable y progresiva de un derecho fundamental.

Entonces la condición exigida en este caso, es que se trate de una interpretación progresiva y que además, se efectúe la fundamentación y motivación de la decisión; pues de lo contrario, la misma resultaría arbitraria.

Lo señalado precedentemente es también aplicable para el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional Plurinacional, pues si bien pueden cambiar, modular, reconducir la jurisprudencia, deberían hacerlo bajo parámetros claros y no regresivos, vinculados a la progresividad y favorabilidad con la que deben ser interpretados los derechos.

- 3. Suficiente fundamentación y motivación:** Como se ha señalado en los puntos anteriores, toda decisión de apartarse de un precedente debe estar debidamente fundamentada y motivada y, en ese sentido, la explicación deberá mencionar expresamente la existencia del precedente y las razones por las cuales no se aplica el mismo y, en su caso, deberá explicarse porqué la nueva interpretación resulta más favorable y progresiva.

En ese sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la SC 1781/2004-R que estableció que 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 y, de acuerdo a la SCP 0846/2012, que el nuevo precedente sea más acorde con los principios, valores, derechos fundamentales, garantías constitucionales de la Constitución Política del Estado y del bloque de constitucionalidad.

4.12. Los cambios de precedente y su aplicación en el tiempo

Es importante hacer referencia a los cambios de precedente y su aplicación en el tiempo, a efecto de determinar si el nuevo precedente se aplica a casos pasados, a nuevos o a los que están en trámite.

En el ámbito del sistema anglosajón el cambio de jurisprudencia y la generación de un nuevo precedente se denomina *overruling*, el cual puede ser retrospectivo, prospectivo y, excepcionalmente, retroactivo.

Overruling retrospectivo: Es la regla para la aplicación del nuevo precedente, pues éste se aplica a los casos o procesos que se encuentran en trámite, siempre que no tengan Sentencia con calidad de cosa juzgada material. Así, la SC 1426/2005 estableció que la jurisprudencia puede ser aplicada a los procesos que están en curso, es decir, a aquellos que no tiene calidad de cosa juzgada material, sin importar que los hechos hubieren acaecido con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. La misma

Sentencia estableció que dicha regla de aplicación retrospectiva tiene excepciones:

“(…) Las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: **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 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 retroactiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado...”

Este razonamiento fue posteriormente reiterado por la SCP 846/2012, en los siguientes términos:

SCP 846/2012

a) Jurisprudencia constitucional retrospectiva

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.

Sin embargo de ello, la aplicación retrospectiva tiene límites, estos son: 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 (SC 0076/2005-R de 13 de octubre); (SC 1426/2005-R de 8 de noviembre, sobre el tema del garante hipotecario, se aplicó la SC 0136/2003-R, cuando el proceso había adquirido la calidad de cosa juzgada).

Se puede aplicar retrospectivamente un precedente constitucional a procesos en curso, únicamente cuando no perjudique o restrinja derechos consolidados por un anterior entendimiento jurisprudencial (SC 0494/2007-R de 13 de junio, mujer embarazada con beca trabajo).

Ahora bien, a dichos límites, se añade la prohibición de 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, conforme precisó el voto disidente a la SC 2461/2010-R de 19 de noviembre.

En el mismo sentido, corresponde mencionar a la SCP 0030/2018-S3, que estableció que:

“...conforme al desarrollo jurisprudencial, ciertamente se tiene que un precedente constitucional, al desplegar su eficacia, puede ser aplicado de forma retrospectiva; sin embargo, dicha aplicación tiene límites claramente identificados por la jurisprudencia constitucional; en tal sentido, no puede aplicarse retrospectivamente un precedente constitucional para restringir derechos constitucionales...”

Overruling prospectivo: El nuevo precedente se aplica hacia adelante, a los nuevos casos. En estos casos es el juez, jueza, Tribunal o Corte quien establece que el precedente se aplicará al futuro, por cuanto al ser la regla su carácter retrospectivo, la eficacia prospectiva debe estar claramente determinada por la autoridad judicial.

Ahora bien, la aplicación al futuro de los precedentes se da en situaciones en las que la nueva regla pueda afectar los derechos de las y los justiciables, o cuando estén vinculadas a cuestiones procesales desarrolladas con el antiguo precedente; pues, no resultaría conforme a los principios de celeridad, concentración y no formalismo, anular todos los procesos en los que no se hubiere cumplido el nuevo precedente, lo que además no sería lógico, pues no podrían haber aplicado un precedente inexistente, toda vez las reglas vigentes al momento en que fue desarrollado el proceso, eran otras.

Este fue el razonamiento contenido en la SCP 32/2012, en la que se estableció que en casos de mutaciones o modulaciones a la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de los efectos que pueden generar dichos precedentes, podrá determinar su aplicación vinculante sólo a casos futuros:

“... resulta aplicable a la presente modulación, la eficacia prospectiva de la jurisprudencia o conocida también 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”.

Este entendimiento fue reiterado, posteriormente, por la SCP 846/2012 y la SCP 0030/2018-S3.

REGLAS BÁSICAS PARA LA INVOCACIÓN DEL PRECEDENTE – SCP 846/2012

III.3.5. Reglas básicas para la aplicación o invocación del precedente constitucional

Del análisis, estático y dinámico de la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que la aplicación o invocación del precedente constitucional tiene reglas básicas que debe seguir el justiciable a tiempo de invocar un precedente, como el juez o cualesquier autoridad pública o particular a tiempo de aplicarlo, como son:

- a) Lo que se debe hacer a tiempo de aplicar o invocar un precedente constitucional, lo que la doctrina llama citas técnicas o de buena aplicación o uso de los precedentes
 - Cita del precedente que tenga analogía en los supuestos fácticos (SC 0502/2003-R y SC 0186/2005-R).
 - Cita del precedente identificando previamente el precedente constitucional en vigor. Para ello, debe compararse el precedente constitucional a aplicarse con la línea jurisprudencial.



b) Lo que NO se debe hacer a tiempo de aplicar o invocar un precedente constitucional, lo que la doctrina llama citas antitécnicas o de mala aplicación o uso de los precedentes

- Cita de un precedente constitucional sin que exista analogía en los supuestos fácticos.
- Cita del 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.
- Cita de fundamentos jurídicos conclusivos o relacionales.
- Cita de la Sentencia Constitucional confirmadora/reiteradora de línea sin hacer mención a la Sentencia Constitucional fundadora, moduladora o reconductora de línea.
- Cita incompleta del precedente y solo de la parte que nos favorece para el caso.
- Cita del precedente que no está en vigor sin haber realizado previamente análisis de la línea jurisprudencial.
- El uso incorrecto de la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo.

UNIDAD DIDÁCTICA 5

LA ESTRUCTURA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PLURAL

5.1. La estructura formal de una sentencia y su coherencia interna

Como se ha señalado, la estructura formal de una sentencia debe tener coherencia interna y debe articularse de manera armónica con la argumentación desplegada por la autoridad judicial; pues una adecuada estructuración de las resoluciones tiene como objetivo que el proceso argumentativo desarrollado por la jueza o juez, sea fácilmente comprensible por los litigantes y por la población en general.

Conforme a ello, para que una decisión sea razonable requiere de una adecuada estructuración en la que inicialmente se desarrollen los hechos materia de controversia para luego desarrollar la argumentación normativa y posteriormente efectuar la calificación de los hechos (premisa fáctica). Para ello, todo razonamiento que analice un problema dado tiene tres pasos fundamentales: formulación del problema, es decir una parte expositiva, el análisis o parte considerativa y la conclusión, es decir la parte resolutive. Junto a estas tres partes, las resoluciones judiciales tienen un encabezamiento en el que se anotan los datos que identifican al caso.

Entonces, de manera provisional y aproximativa, puede señalarse que la estructura de una Resolución Judicial tienen las siguientes partes, que luego, en el siguiente acápite serán analizadas a partir del proceso argumentativo que ha sido explicado en este texto:



5.2. La adecuada construcción de las partes de una resolución judicial

La estructura formal que ha sido anotada precedentemente, requiere ser explicada en sus partes a efecto que cada una de ellas sea debidamente comprendida en sus alcances con la finalidad de evitar reiteraciones y lograr una resolución clara, coherente y lógica, que se fácilmente comprendida. En ese sentido, a continuación, se explica el contenido de cada una de las partes que han sido anotadas en el anterior acápite:

5.2.1. Encabezamiento

Toda resolución judicial, en cualquier materia e instancia, tiene un encabezamiento que sirve para individualizar el caso a través de un número interno que se le asigna a la Resolución, la fecha, las partes intervinientes, el tipo de proceso y el número asignado al mismo, así como, cuando corresponda, el Departamento del que procede el caso. El encabezamiento tiene la finalidad, por una parte, de otorgar la primera información a las partes y, en general al lector y, por otra parte, de ordenar las causas al interior del despacho judicial.

Cabe señalar que el nombre de las partes no siempre tendrá que ser consignado en la Resolución; pues puede tratarse de casos en los que estén involucrados, por ejemplo, niñas niños y adolescentes y, por ende, se debe proteger la identidad de los mismos, motivo por el cual se tendrá que anonimizar la Resolución colocando únicamente las iniciales de las personas involucradas.

Como se tiene señalado, todas las resoluciones tienen los datos que identifican a los procesos, y ello se puede constatar en las Resoluciones de los diferentes Tribunales de Cierre (Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental), como también en los Tribunales Departamentales, y en las resoluciones de los Tribunales y Juzgados de Instancia.

Así, por ejemplo, puede observarse el encabezamiento de una Sentencia Constitucional Plurinacional¹⁶²:



SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0047/2015
Sucre, 26 de marzo de 2015

SALA PLENA
Magistrada Relatora: Dra. Mirtha Camacho Quiroga

Acción de inconstitucionalidad abstracta

Expediente: 06871-2014-14-AIA
Departamento: La Paz

162 Se <http://bus>

En la acción de inconstitucionalidad abstracta interpuesta por Germán Antelo Vaca, Senador Titular de la Asamblea Legislativa Plurinacional, demandando la inconstitucionalidad de las Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta; además de la Disposición Transitoria Segunda, todas de la Ley del Presupuesto General del Estado (LPGE), gestión 2014 (Ley 455 de 11 de diciembre de 2013), por ser presuntamente contrarias a los arts. 9.2, 46.I.2 y III, 68, 115.II, 117.I, 172.11, 321.III y 232 de la Constitución Política del Estado (CPE).

Conforme se aprecia, el encabezamiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, contiene los siguientes datos:

- Número de Sentencia Constitucional Plurinacional y año
- Lugar y fecha de la Resolución
- Sala que emitió la Sentencia, en el caso del ejemplo Sala Plena, al tratarse de una acción de inconstitucionalidad abstracta.
- El Magistrado o la Magistrada relatora
- El número de expediente asignado por el Tribunal Constitucional (06871-2014-14-AIA, Acción de Inconstitucionalidad Abstracta).
- El Departamento de donde proviene la acción, que el caso analizado es La Paz.
- Un resumen de la acción en la que se consigna el nombre de las partes y, si corresponde, una breve descripción de lo que se pide. Así en el caso analizado, el Tribunal opta señalar quién presentó la acción de inconstitucionalidad abstracta, pero además qué norma fue impugnada y porqué presunto vicio de inconstitucionalidad; información que nos brinda un resumen de la pretensión del accionante y que resulta muy útil para el investigador, el estudioso o el ciudadano que está buscando la información, por ejemplo sobre una determina ley que ha sido demandada de inconstitucional.

El mismo ejercicio puede ser realizado con un Auto Supremo de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, para identificar los datos que constan en el encabezamiento¹⁶³:

SALA PLENA	
SENTENCIA:	322/2014.
FECHA:	Sucre, 7 de octubre de 2014
EXPEDIENTE N°:	61/2008.
PROCESO:	Contencioso Administrativo.
PARTES:	Gerencia Distrital La Paz del Servicio de Impuestos Nacionales contra la Superintendencia Tributaria General.
MAGISTRADA RELATORA:	Maritza Suntura Juaniquina
Pronunciada en el proceso contencioso administrativo seguido por la Gerencia Distrital La Paz del Servicio de Impuestos Nacionales, impugnando la Resolución de Recurso Jerárquico STG-RJ/0603/2007 de 29 de octubre, pronunciada por la Superintendencia Tributaria General.	

¹⁶³ El contenido íntegro de la Sentencia puede ser consultado en la página web del Tribunal Supremo de Justicia: <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/plena/SE2014/se201401322.html>

Como se observa, el encabezamiento en las Sentencias de la Sala Plena¹⁶⁴ del Tribunal Supremo de Justicia, contiene los siguientes datos:

- Sala que pronunció la Resolución
- Número de Sentencia y año
- Lugar y fecha de la Resolución
- Número de expediente asignado internamente, es decir en el Tribunal Supremo de Justicia (61/2008)
- El tipo de proceso, que en el caso es contencioso administrativo
- Las partes, en el caso, Gerencia Distrital La Paz del Servicio de Impuestos Nacionales contra la Superintendencia Tributaria General
- El Magistrado o la Magistrada relatora
- Un resumen del proceso en el que se pronuncia la Sentencia, en el caso que se ejemplifica, proceso contencioso administrativo seguido por la Gerencia Distrital La Paz del Servicio de Impuestos Nacionales; así como la Resolución que se está impugnando, en el ejemplo, la Resolución de Recurso Jerárquico STG-RJ/0603/2007 de 29 de octubre, pronunciada por la Superintendencia Tributaria General. Al igual que en caso de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales, la información que se otorga en este resumen es fundamental para conocer el proceso y su objeto y también resulta muy útil para el investigador, el estudioso o el ciudadano que está buscando información sobre una determinada Resolución impugnada.

Conforme a los ejemplos otorgados, se advierte que en el encabezamiento se colocan los datos fundamentales para individualizar el caso, como el número de Resolución, la fecha, el número de expediente, las partes, el tipo de proceso, el Magistrado o Magistrada relatora.

5.2.2. Antecedentes

La parte de los antecedentes también ha sido denominada tradicionalmente como **Vistos** y se constituye en la parte expositiva en la que se plantea el estado del proceso y el problema a dilucidar. Esta parte está orientada a identificar:

¹⁶⁴ En las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, existen variantes con relación a los datos que contiene el encabezamiento.

- a) La pretensión o pretensiones de la demanda, petición, recurso o acción, dependiendo del tipo de proceso y de la instancia correspondiente.
- b) La contestación de la demanda, del recurso o de la acción, dependiendo también del tipo de proceso y de la instancia correspondiente.
- c) Los actos procesales más importantes que se han desarrollado para resolver el caso, donde cabe mencionar la prueba pertinente.

Debe señalarse que en los antecedentes no se efectúa una transcripción de la demanda, recurso o acción, tampoco una reproducción del memorial de contestación o respuesta, ni de todos los actos procesales, sino que se hace un resumen de aquellos aspectos que son esenciales para la identificación del problema jurídico que debe ser resuelto por la autoridad jurisdiccional.

En ese sentido, es importante que la autoridad jurisdiccional, al anotar los antecedentes efectúe una titulación de las piezas más importantes del proceso, no sólo para ordenar la resolución, sino también para que la misma sea comprensible al justiciable y, en general a la ciudadanía.

Así, una adecuada estructuración de los antecedentes podría contener, para tener claridad, una subtitulación en la que se anoten los aspectos que se están considerando. Por ejemplo:

I. ANTECEDENTES
I.1. Contenido de la demanda (Anotándose los hechos, el derecho y el petitorio)
I.2. Contestación de la demanda (Anotándose de manera sucinta la respuesta)
I.3. Actos procesales (los necesarios para la comprensión de la resolución)
I.4. Pruebas (Se anotan las pruebas pertinentes de ambas partes)

Ahora bien, debe señalarse que cada punto que se analice debe tener claridad, concisión y, en lo posible, debe ser desarrollado en un solo párrafo. Así, en los antecedentes se deben hacer uso de lo que en la doctrina se denominan como **párrafos narrativos**, a través de los cuales se cuenta una historia¹⁶⁵. Estos párrafos son utilizados para narrar los antecedentes, es decir, el contenido de la demanda, su contestación y los actos procesales más importantes. Así, el ejemplo de un párrafo narrativo podría ser:

“Dentro del proceso penal seguido en su contra por la presunta comisión del delito de falsificación de moneda, solicitó la cesación de su detención preventiva, que le fue concedida en la audiencia pública realizada el 12 de septiembre de 2013, imponiéndole medidas sustitutivas a su detención preventiva, entre otras, arraigo y una fianza económica, las que debían ser cumplidas en el plazo de cinco días; que ya se venció, sin que a la fecha se le haga entrega del acta de dicho actuado procesal; motivo por el cual no puede efectuar el depósito de la fianza ni tramitar el arraigo, encontrándose actualmente ilegalmente detenido por más de cinco días sin que al presente se le conceda tal beneficio, escudándose la Jueza ahora demandada, en la recargada carga procesal”

También en los antecedentes se utilizan los denominados **párrafos expositivos**, en los que se informa al lector de un hecho o de unos datos concretos y en ese sentido, el procedimiento consiste en enunciar la idea central y luego desarrollarla mediante un conjunto de frases que aclaran, concretan o amplían la idea¹⁶⁶. Estos párrafos expositivos son empleados cuando se hace referencia a los actos procesales que por su importancia deben estar anotados en la Resolución Judicial y también a la prueba que ha sido producida en el desarrollo del proceso.

Ahora bien, el sencillo esquema descrito, con el debido orden, claridad y economía del lenguaje, puede ser utilizado en todas las materias e instancias, obviamente con las particularidades correspondientes a cada una de ellas. Actualmente, tanto las Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, como los Autos Supremos de algunas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, pueden verse estructuradas de esa manera, con antecedentes que se encuentran subtítulos y que dan mayor orden y rigurosidad a la resolución.

Así, por ejemplo, la estructura de una Sentencia Constitucional Plurinacional pronunciada en revisión de las resoluciones emitidas en acciones de defensa, respecto a los antecedentes, tiene la siguiente estructura:

- I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA**
 - I.1. Contenido de la demanda**
 - I.1.1. Hechos que motivan la acción**
 - I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados**
 - I.1.3. Petitorio**

 - I.2. Audiencia y resolución del juez o tribunal de garantías**
 - I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción**
 - I.2.2. Informe de las autoridades demandadas**
 - I.2.3. Resolución**

 - I.3. Trámite procesal en el Tribunal**

Cabe señalar que en las Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional que revisan las resoluciones emitidas en acciones de defensa, la parte de conclusiones, donde se anotan los elementos probatorios relevantes para la decisión del caso, no se encuentran dentro de los antecedentes, sino en una segunda parte de la resolución denominada conclusiones.

¹⁶⁶ Ibid.

Ahora bien también se puede observar una similar estructura en los antecedentes que consignan algunas Salas del Tribunal Supremo de Justicia en los Autos Supremos. Así, por ejemplo puede observarse a la Sala Civil, que en el Considerando I, de acuerdo a su estructura consigna los antecedentes del proceso, donde se hace mención a la demanda, la sentencia, el recurso de apelación y el Auto de vista

CONSIDERANDO I

ANTECEDENTES DEL PROCESO (Demanda, Sentencia, Recurso de apelación, Auto de Vista)

Iguales datos son anotados en los Antecedentes de los Autos supremos de Admisión en la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO

- A) Sentencia (Resumen)
- B) Recurso de apelación restringida, Auto de Vista y la forma de resolución.
- C) Notificación con el Auto de vista (fecha) y formulación de recurso de casación.

5.2.3. Parte considerativa

La parte considerativa o la de los Fundamentos, es la parte esencial de una resolución, porque se expresan los argumentos normativos y fácticos que justifican la resolución judicial tanto interna como externamente. Conforme a ello, la parte considerativa de la resolución debería tener un título acorde con la actividad desarrollada por la autoridad jurisdiccional, como por ejemplo fundamentación, y debería estar subdividida, por lo menos, en tres partes:



Conforme se puede observar estas tres partes de los fundamentos jurídicos están orientadas a fijar con precisión cuál es el problema jurídico que debe ser resuelto por la autoridad jurisdiccional, del cual se desprenden, conforme verá los argumentos normativos y fácticos.

Para un adecuado desarrollo de los mismos, a continuación se los explicará por separado.

5.2.3.1. Identificación del problema jurídico

Es necesario que antes de empezar la fundamentación normativa y la motivación fáctica de las resoluciones judiciales, la autoridad identifique de manera resumida el o los problemas jurídicos que debe resolver; los cuales se desprenden de los antecedentes de la causa, es decir, de las pretensiones, la demanda, el recurso o la acción y también de la contestación o del informe de los demandados, así como de los diferentes actos procesales desarrollados en el curso del proceso.

En ese orden, dentro de un proceso, acción o recurso, pueden identificarse, conforme se tiene señalado, uno o varios problemas jurídicos materiales, vinculados al fondo del conflicto que se pretende resolver; junto a ellos, pueden presentarse problemas subordinados, vinculados a la identificación o interpretación de la norma aplicable o la ponderación de normas-principios, así como problemas jurídicos procesales que están referidos a cuestiones incidentales que, dependiendo de las normas específicas para cada materia, podrán ser resueltas en la misma Sentencia. En ese sentido, se pasa a explicar cada uno de dichos problemas:

- A. Problema jurídico material:** El problema jurídico material está referido, conforme se tiene señalado, al aspecto medular o central, de fondo que se debate dentro de un proceso, y está conformado por las pretensiones plasmadas en la demanda, o recurso y a la respuesta correspondiente. Cuando este problema jurídico se encuentra claramente formulado e identificado, es posible derivar del mismo tanto la premisa normativa como la fáctica, para posteriormente efectuar la fundamentación y motivación correspondiente a dichos ámbitos.

En ese sentido, el o los problemas jurídicos materiales, se constituyen en las coordenadas de la fundamentación y motivación, porque marcan el camino argumentativo que la autoridad jurisdiccional debe realizar, permitiendo expresar los argumentos en términos claros, precisos y concisos. De ahí que el problema jurídico deba estar claramente identificado al inicio de la fundamentación, lo que evidentemente, además, permite al lector de la resolución comprender con mayor facilidad el texto, los fundamentos y la decisión judicial.

Así, valiéndonos de los ejemplos señalados en puntos anteriores de este texto, los problemas jurídicos podrían formularse del siguiente modo, al inicio de la fundamentación jurídica, en diferentes materias, como por ejemplo:

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

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

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

Agroambiental: X formula demanda de nulidad del Título Ejecutorial N° PPD-NAL-2141454, correspondiente al predio Parcela 081, ubicado en el cantón Uriondo, sección Primera, provincia Avilez del departamento de Tarija, con una superficie de 1.0680 ha, otorgado a favor de Y, argumentando que se omitió valorar integralmente la función económica social y que no fue notificado con varios actuados de saneamiento, señalando que con dichos actos se produjo un error esencial, simulación absoluta, ausencia de causa y violación de la ley aplicable, en el marco de lo establecido en los arts. 50.I.a.a) y 2.b) y c) de la Ley 175, modificada por la Ley 3545, así como la violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, previstos en los arts. 115 y 119 de la CPE; por lo que solicitan la nulidad del título mencionado y la nulidad de la Resolución final de saneamiento que lo sustenta.

- **Temas que derivan del problema jurídico material:** Una vez que se ha identificado el o los problemas jurídicos materiales, la autoridad jurisdiccional ya tiene una idea clara de los temas que debe analizar y fundamentar y, en ese sentido, de ellos derivarán los argumentos tanto para la premisa normativa como para la premisa fáctica. Así, en los ejemplos antes otorgados, del problema jurídico formulado en la acción de libertad, **se derivan los siguientes temas** que deberían estar claramente plasmados por la autoridad jurisdiccional en la resolución, y que coinciden con la premisa normativa y la fáctica:
 1. Los requisitos previstos en la CPE, las normas del bloque de constitucionalidad y el CPP para la restricción del derecho a la libertad física y, en concreto, la aprehensión fiscal (premisas normativa)
 2. El cumplimiento, en el caso concreto, de los requisitos previstos en la CPE, el bloque de constitucionalidad y en el CPP para la aprehensión del accionante (premisas fáctica).

Los temas identificados están destinados a resolver el problema jurídico planteado y lo ideal es que sean plasmados por la autoridad jurisdiccional luego de identificado el problema jurídico, a efecto de dar claridad a su cadena argumentativa. Así, en el problema jurídico de la acción de libertad, los temas antes referidos, que se desprenden del problema jurídico material, podrían ser formulados de la siguiente manera:

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

Consecuentemente, con la finalidad de desarrollar una adecuada argumentación jurídica, esta autoridad jurisdiccional inicialmente determinará los supuestos en los cuales es posible, constitucionalmente, restringir el derecho a la libertad física o personal, para luego, establecer los requisitos específicos previstos por el Código de procedimiento penal para la procedencia de la aprehensión por parte del fiscal, identificando a la jurisprudencia constitucional sobre el particular, para finalmente determinar si, en el caso concreto, la autoridad fiscal demandada cumplió con los requisitos tanto constitucionales como legales para la aprehensión del accionante.

Conforme se advierte, a partir del problema jurídico, la autoridad jurisdiccional plasma en su resolución los temas que serán desarrollados en su fundamentación, lo que evidentemente le sirve de guía para la argumentación normativa y fáctica que desarrollará y que indudablemente tiene numerosas ventajas en orden de coherencia, claridad y fácil comprensión para el justiciable.

- B. Problemas jurídicos subordinados o asociados:** Puede suceder que para la resolución de un problema jurídico material se deban analizar problemas jurídicos previos que, concatenados nos lleven a resolver el central. Estos problemas subordinados se presentan, generalmente, en los casos difíciles y es indispensable que también estén claramente señalados por la autoridad jurisdiccional, luego de identificarse el problema jurídico material.

Así, pueden presentarse problemas subordinados que están vinculados, por un lado, a la relevancia de las normas, a la interpretación de las mismas o a la ponderación de las normas-principios y, por otro, a la validez de una prueba, a su valoración o la calificación jurídica de los hechos, siguiendo el esquema de los problemas que pueden presentarse tanto en la premisa normativa como en la fáctica que han sido estudiados en la tercera Unidad Didáctica de este texto y, en ese sentido, dichos problemas deberán ser también identificados por la autoridad jurisdiccional, a objeto de dar coherencia argumentativa a la resolución judicial.

- C. Problema jurídico procesal o incidental:** Puede ser que antes de resolver problema jurídico material, sea necesario analizar otros aspectos incidentales, de orden procesal, que deben ser resueltos previamente, por constituirse en un

presupuesto de procedencia de la acción, de la demanda o recurso. Este problema jurídico procesal puede presentarse a propósito de la respuesta o intervención de los demandados, recurridos o accionados o porque el juez, de oficio, se pregunta sobre la existencia de algún impedimento para ingresar al análisis de fondo del caso, en los casos en que esto es posible, atendiendo a las especificidades de cada materia. Así, por ejemplo, podrá preguntarse sobre su competencia o respecto alguna causal de improcedencia que le impide conocer el fondo del caso.

Entonces, en los supuestos antes anotados es preciso previamente responder las cuestiones incidentales o de carácter procesal, para luego pasar a resolver el problema jurídico material. Por ejemplo, puede suceder que se deba pronunciar sentencia en el fondo, pero que sin embargo se hubieren presentado excepciones cuyo tratamiento hubiere sido diferido para el momento de pronunciar Sentencia.

Al igual que el problema jurídico material, el problema jurídico procesal o incidental debe estar formulado claramente en la resolución judicial, a objeto que los justiciables sepan porqué la autoridad jurisdiccional está argumentando sobre un tema procesal. En ese sentido, lo recomendable es que dicho problema procesal sea formulado seguidamente al material a objeto dar coherencia al discurso jurídico que será desarrollado en su decisión judicial.

Así, siguiendo con los ejemplos otorgados precedentemente, vinculados a una acción de libertad y a un proceso penal, podría formularse el problema jurídico central y los problemas jurídicos procesales o incidentales de la siguiente manera:

Constitucional (Acción de libertad): El accionante considera que fue aprehendido ilegalmente por la autoridad fiscal demandada, sin que existan suficientes indicios de que es autor del delito que se le imputa y sin considerar que no se presenta ninguno de los riesgos procesales de fuga o de obstaculización de averiguación de la verdad, incumpliendo con ello lo previsto en el art. 226 del CPP y, en consecuencia, lesionando su derecho a la libertad física previsto en el art. 23 de la CPE, por lo que solicita que se disponga su inmediata libertad. **Sin embargo, antes de analizar el fondo del problema jurídico antes referido, es necesario analizar si el accionante previamente acudió ante el juez instructor en lo penal denunciando la supuesta aprehensión ilegal, a efecto de determinar si es aplicable la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad y, en su caso denegar la tutela por esa causal.**

Penal: Contra X se formula acusación por el delito de avasallamiento, por cuanto presuntamente ocupó las tierras de Y en la comunidad “Las Palmas”, perturbando el ejercicio de su derecho propietario, por lo que el Ministerio Público, considerando que dicha conducta se adecua a lo previsto por el art. 351 bis del CP, solicita la aplicación de la pena de “privación de libertad de” 8 años. **Sin embargo, considerando que X formuló excepción de extinción de la acción penal amparado en el art. 28 del CPP, en sentido que el supuesto delito fue juzgado dentro de la comunidad “Las Palmas” por las autoridades originarias, corresponde previamente analizar si dicha excepción se encuentra fundada para, en su caso, disponer la extinción de la acción penal.**

caso de acciones de defensa, problemas procesales vinculados a falta de legitimación, subsidiariedad, plazo de caducidad, los cuales deben ser

previamente resueltos y merecer la formulación del problema jurídico procesal antes de iniciar la cadena argumentativa correspondiente.

Cabe reiterar que la identificación y formulación de los problemas jurídicos **cumple diversas finalidades en la construcción de la resolución judicial, por cuanto:**

-  Ordena el razonamiento de la autoridad jurisdiccional.
-  Da claridad a la exposición argumentativa
-  Facilita la lectura de la sentencia.
-  Impide que la autoridad jurisdiccional desvíe su argumentación.

Ahora bien, la forma de exponer el problema jurídico puede variar de acuerdo al estilo de la autoridad jurisdiccional, pues podrá formularse, como se lo ha hecho, de manera descriptiva, exponiendo las pretensiones y reclamos del accionante, demandante, recurrente así como las respuestas formuladas por el demandado o recurrido, o también podrían ser formulado en forma de pregunta.

5.2.3.2. Fundamentación normativa

Como se ha señalado, una vez que se han identificado los problemas jurídicos y los mismos han sido plasmados en la resolución judicial, es posible tener un índice tentativo de los temas que serán desarrollados en el proceso argumentativo, vinculado tanto a la premisa normativa como a la premisa fáctica. En ese sentido, la autoridad jurisdiccional debe fijar la norma o normas jurídicas aplicables al caso, que se desprenden, se reitera, del problema jurídico material y de los temas sobre los que versará la fundamentación, que fueron también formulados por la jueza o el juez.

En ese orden, la complejidad de la fundamentación normativa dependerá de los problemas jurídicos identificados y de si estos, además, presentan problemas jurídicos subordinados referidos a la identificación de la norma jurídica aplicable, en mérito a la existencia de problemas de relevancia; o a la interpretación de las normas o la ponderación de principios. En síntesis, la fundamentación normativa será sencilla cuando se trate de casos fáciles, en tanto que se complejizará, porque requerirá de mayores argumentos, cuando se trate de casos difíciles.

A. Los casos fáciles

Como se tiene señalado, en los casos fáciles no existen problemas de relevancia respecto a la disposición legal aplicable, y tampoco existen problemas interpretativos ni ponderativos, por cuanto la norma está claramente identificada, no existen lagunas ni antinomias, tiene un sentido claro, unívoco, conforme a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, y no existe colisión de principios.

Ahora bien puede darse el caso que no exista una disposición legal o que la misma efectivamente presente problemas de interpretación o que las normas principios requieran ponderación, **pero que dicha labor ya hubiere sido realizada por la jurisprudencia y que, por tanto exista un precedente (constitucional o legal)**; supuestos en los cuales dicho precedente actuará como premisa normativa y, por tanto, estaremos también ante un caso sencillo que no requerirá mayor argumentación por parte de la autoridad jurisdiccional, pues se limitará a citar el precedente cuando el mismo no resulta contradictorio con otros precedentes internos o internacionales; pues, de existir contradicción, la autoridad judicial deberá realizar el análisis dinámico de jurisprudencia.

B. Los casos difíciles

En los casos difíciles, las disposiciones legales pueden presentar problemas de relevancia, porque existen antinomias o lagunas normativas; problemas interpretativos, porque la disposición legal no es clara y puede dar lugar a varios sentidos normativos; problemas ponderativos, porque el caso requiere que se efectúe una ponderación entre normas-principios.

Como se ha señalado, estos problemas subordinados al problema jurídico material, también deben ser identificados por la autoridad jurisdiccional a efecto de planificar la estructura de la fundamentación normativa, en aras de que los argumentos a favor de la aplicación de una disposición legal o de una interpretación o de la preferencia condicionada de un principio, se encuentren debidamente ordenados y sean coherentes.

En ese sentido, y siguiendo el modelo propuesto de construcción argumentativa anotado en la tercera Unidad Didáctica, la fundamentación normativa deberá contener suficientes argumentos que justifiquen externamente la decisión y que culminen en la identificación de la norma aplicable al caso (en los problemas de relevancia), que apoyen una determinada interpretación (problemas de interpretación), o la preferencia condicionada de una norma-principio (ponderación), pudiéndose, en todos los casos incorporar argumentos de orden jurisprudencial, doctrinal o de legislación comparada que apoyen dicha determinación.

Así, en la fundamentación normativa, se utilizan, en la redacción, los párrafos denominados por la doctrina como **argumentativos**, por los que se persigue convencer al receptor de la validez de una tesis¹⁶⁷. En otras palabras, se plantea una tesis y se esgrimen todos los argumentos que la apoyan y, por ende se puede hacer uso de diferentes tipos de argumentos que, como se tiene señalado, pueden ser jurisprudenciales, doctrinales, comparativos, etc.

En virtud al carácter dialéctico o pragmático de la argumentación, que también debe verse reflejada en la estructura de las sentencias y en la forma de redacción, los párrafos

¹⁶⁷ LÓPEZ RUIZ, Miguel, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., 2007, p. 85 y ss.

argumentativos van acompañados de los **contra argumentativos**, que son aquellos que presentan argumentos que aparentemente ponen en entredicho¹⁶⁸ la tesis inicialmente defendida, pero que sin embargo, son descartados por la misma autoridad jurisdiccional por no encontrarse razones que justifiquen esa posición; en otras palabras, son descartados por ser insuficientes para invalidar la tesis inicialmente defendida, quedando de esta manera reforzada la validez de la tesis inicial.

Los párrafos contraargumentativos pueden surgir de la posición de las partes, que fundamentan una posición propia que es desvirtuada por la autoridad jurisdiccional, o de la misma jueza o juez en una especie de diálogo consigo mismo, por el que adelanta posibles objeciones que se le podrían hacer a su razonamiento. En estos párrafos e ingresando al tema de la próxima unidad temática, es frecuente y necesario utilizar conectores como: “pero, sin embargo y aunque, que marcan la ruptura de una línea argumental y la introducción de un giro informativo contrario”¹⁶⁹

De acuerdo a lo anotado y a los requerimientos del caso, la autoridad jurisdiccional debe ordenar sus argumentos de relevancia o interpretativos, y se debe llegar a una conclusión sobre la premisa normativa. Es decir que la cadena argumentativa desplegada por la autoridad jurisdiccional debe desembocar en una premisa normativa que ha sido reconstruida a partir de la argumentación desarrollada, otorgándoles un sentido a partir de la interpretación o estableciendo una regla de aplicación de un principio sobre otro y las condiciones para dicha preferencia. El resultado de la reconstrucción normativa es la subregla, también conocida como norma adscrita, que se utilizará para resolver el caso concreto, debiendo reiterarse que la premisa normativa reconstruida debe estar expresada con claridad, **explicando con precisión cómo se entiende la disposición legal o bajo qué supuestos se da preferencia a un principio respecto a otro.**

5.2.3.3. Motivación fáctica

Una vez que se ha identificado la norma jurídica o el precedente aplicable al caso (en los supuestos fáciles), o que la premisa normativa ha sido reconstruida a partir de los argumentos desarrollados por la autoridad jurisdiccional (casos difíciles), corresponde el análisis del caso concreto, es decir, la motivación, que está vinculada con actividades concretas referidas a: la existencia de hechos probados y la valoración de la prueba, así como a la calificación jurídica del hecho.

En ese sentido, la autoridad jurisdiccional debe desplegar argumentos, también desarrollados en párrafos claros y concisos, destinados a demostrar que:

1. **Los hechos han sido probados, desplegando para ello la valoración de la prueba correspondiente.** Cabe señalar que en la práctica judicial se observa que la “fundamentación probatoria” es desarrollada en un punto aparte y que, lamentablemente, muy pocas veces contiene una verdadera valoración de la prueba, pues en la mayoría de los casos simplemente se describe la prueba,

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

efectuando la misma operación realizada en la parte de antecedentes del caso, lo que evidentemente no tiene sentido de cara, por una parte, a economizar, dar claridad y simplificar las resoluciones judiciales y, por otra a la motivación que debe tener la premisa fáctica, pues se tiene que explicar con claridad porqué el hecho está probado y cuál es el valor que se le otorga a un determinado medio de prueba, resultado que además, como se ha señalado, debe ser coherente con las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad.

Se debe distinguir la enumeración de la prueba pertinente que se efectúa en la parte de los **ANTECEDENTES** de la resolución, de la valoración de la prueba y determinación de los hechos probados que se efectúa en la **PARTE DE LA FUNDAMENTACIÓN** de la resolución, concretamente en la Motivación, en el caso concreto.

Es importante señalar que los párrafos utilizados en esta parte de la motivación de la resolución, evidentemente tienen naturaleza argumentativa pero además deben tener coherencia narrativa entre el enunciado del pasado y del presente para conocer con alto grado de probabilidad lo que sucedió. Efectivamente, la motivación desde esta perspectiva está encaminada a demostrar que un hecho ocurrió en el pasado de determinada manera y para ello se acude a la prueba existente y su correspondiente valoración.

Evidentemente que, en estos casos también será pertinente la utilización de párrafos contra argumentativos, cuando, por ejemplo, se pretenda demostrar que un hecho no ocurrió de determinada manera o cuando se pretenda dar un valor diferente a un medio de prueba; contraargumentos que, al igual que en la premisa normativa, reforzarán la tesis inicial sostenida por la autoridad jurisdiccional.

- 2. La calificación del hecho:** Mientras las anteriores actividades están encaminadas a demostrar que el hecho existió de determinada manera y que existen las pruebas necesarias que lo confirman, la calificación del hecho está dirigida a explicar por qué el hecho debidamente probado se subsume en la premisa normativa; en otras palabras, se explica por qué la disposición legal, el precedente, o la subregla o norma adscrita creada se aplica al caso concreto.

Cabe señalar que existen materias, como la penal, en la que la calificación jurídica del hecho no termina únicamente en determinar que una persona es autora o partícipe de un delito, sino que será imprescindible, de manera adicional, determinar la pena aplicable al caso, en virtud al carácter indeterminado de la mayoría de las penas, que tiene un mínimo y máximo legal y que en definitiva su fijación debe ser realizada por el juzgador, aplicando para ello el principio de proporcionalidad, que le permitirá analizar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la pena concreta por imponer a la persona que ha sido declarada culpable. La autoridad jurisdiccional, entonces, debe analizar las razones a favor o en contra de la imposición de una pena concreta. Así, en contra de su imposición, podrán encontrarse los derechos fundamentales que

resultarán restringidos, como por ejemplo el derecho a la libertad, y entre las razones a favor, las finalidades de la pena¹⁷⁰, las cuales están previstas en la Constitución y las leyes.

Aquí el juez también utiliza, para la redacción, párrafos argumentativos y contra argumentativos, por cuanto se debe persuadir al interlocutor en sentido que la conclusión a la que llega la autoridad jurisdiccional es la correcta y la que se encuentra debidamente justificada tanto externa como internamente. En ese sentido, es fundamental observar la coherencia que debe existir entre la premisa normativa y el hecho probado; pues de lo contrario la resolución no se encontraría justificada internamente.

5.2.4. Parte resolutive

La calificación jurídica del hecho supone, como se ha señalado, que al caso concreto le es aplicable la premisa normativa identificada en la fundamentación normativa y, por tanto en ese punto, que es parte de la motivación, ya existe una conclusión del proceso argumentativo fáctico.

Entonces, en la parte resolutive, lo que hace la autoridad jurisdiccional, a partir de la argumentación desarrollada en el caso concreto, es: **1.** Definir la forma en que se resuelve el caso, declarando probada o improbada la demanda, fundado o infundado el recurso, concediendo o denegando la tutela, etc., dependiendo del tipo de resolución, de la materia o de la instancia; **2.** Resolver cada una de las pretensiones de las partes; **3.** Disponer la aplicación concreta de la consecuencia jurídica prevista en la disposición legal, que podrá consistir en condenar al pago de daños y perjuicios, a la condena a un determinado número de años de privación de libertad, a la entrega de un determinado bien, etc., otorgando, si es necesario el plazo para el cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional; **4.** Ordenar las consecuencias de una determinada forma de resolver, por ejemplo, la calificación de daños y perjuicios, la remisión de antecedentes al Ministerio Público, la aplicación de costas, multa etc.

Es importante mencionar a la SCP 15/2018-S2 de 28 de febrero que hizo referencia al deber de precisión de la decisión en las acciones de defensa, entendimiento que también es aplicable, en lo conducente a los procesos ordinarios:

III.2.1. El deber de precisión de la decisión -Por tanto- en las resoluciones constitucionales de los jueces y tribunales de garantías y en las sentencias constitucionales plurinacionales del Tribunal Constitucional Plurinacional en las acciones de defensa, como concreción del derecho a la eficacia del cumplimiento o ejecución de las mismas en la medida de lo determinado.

Como se tiene señalado, si el derecho de acceso a la justicia constitucional, supone que las sentencias constitucionales deben ser ejecutadas y cumplidas en los términos expresados en la parte resolutive, para el goce efectivo del derecho a la eficacia del cumplimiento o ejecución de las resoluciones constitucionales en la medida de lo determinado, entonces, en las acciones de defensa, surge el deber de los jueces y tribunales de garantías y del Tribunal Constitucional Plurinacional, de precisar con exactitud la parte resolutive de la estructura de la sentencia constitucional -Por tanto-, dimensionando o modulando sus efectos cuando el caso concreto lo exija; para lo cual, en el marco de los principios de

¹⁷⁰ ARIAS HOLGÚIN, Diana Patricia, “Proporcionalidad, pena y principio de legalidad”, en *Revista de Derecho* N1 38, Barranquilla, 2012.



coherencia y congruencia, esta tarea debe tener en cuenta el o los problemas jurídicos que tiene que resolverse y la ratio decidendi o razón de la decisión, que también son partes esenciales de dicha estructura.

Esto significa que toda sentencia constitucional debe ser fundamentada y motivada, guardando relación lógica con la decisión que se adopta; toda vez que, a través de ella se confía a los jueces constitucionales la función de velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que exige claridad no solo para las partes involucradas en el proceso sino para la comunidad a quienes les alcanza su vinculatoriedad; de ahí que, las órdenes que imparta deben ser claras, específicas y contundentes sobre el plazo, el modo o la forma de cómo el juez constitucional entiende que los derechos vulnerados, suprimidos o amenazados de lesión o supresión quedarán efectivamente amparados.

a) Identificación del o los problemas jurídicos constitucionales que se tienen que resolver

Los jueces o tribunales de garantías y el Tribunal Constitucional Plurinacional, antes de realizar la fundamentación normativa y la motivación fáctica de las resoluciones constitucionales que emitan, deben identificar de manera resumida y clara el o los problemas jurídicos que deberán resolver; los cuales se desprenden de los antecedentes de la causa, es decir, de las pretensiones, la demanda o la acción y también de la contestación o del informe de los demandados. En ese orden, dentro de un proceso constitucional pueden identificarse, uno o varios problemas jurídicos materiales, vinculados al fondo del conflicto que se pretende resolver; junto a ellos, pueden presentarse problemas vinculados con la identificación o interpretación de la norma aplicable o la ponderación de normas-principios -valores, principios, derechos y garantías constitucionales-; problemas de identificación del precedente constitucional en vigor a partir del precedente constitucional que contenga el estándar más alto de protección[4]; así como problemas jurídicos procesales que estén referidos, entre otros, a cuestiones de admisibilidad, causales de improcedencia racionales y razonables, últimos problemas que al impedir a la justicia constitucional abrir su competencia para resolver el fondo, deben ser resueltos inicialmente.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en el precedente constitucional contenido en la SCP 0367/2012 de 22 de junio[5], pronunciada en una acción de amparo constitucional, subrayó la importancia de la delimitación del o de los problemas jurídicos por los jueces y tribunales de garantías y el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, para resolver un caso sometido a su conocimiento, resaltando que en la formulación del o los problemas jurídicos deben tomarse en cuenta tres elementos que conforman un problema jurídico, esto es, los actos u omisiones ilegales denunciados por la parte accionante (acto lesivo), en los que hubiera incurrido la o las autoridades o persona o personas demandadas, vinculadas con los derechos o garantías supuestamente lesionados, suprimidos o amenazados de restricción o supresión, con el amparo solicitado; es decir, la petición.

Al respecto, es necesario advertir, que al tiempo de formularse un problema jurídico, puede identificarse uno o más actos ilegales u omisiones indebidas -actos lesivos-, uno o más derechos y/o garantías denunciados de vulnerados o suprimidos, o en su caso, de amenazados de vulneración o supresión, y por ende, una o más peticiones solicitadas por la parte accionante; sin embargo, la decisión final pronunciada por el juez o tribunal de garantías o por el Tribunal Constitucional Plurinacional justificada en la razón de la decisión ->ratio decidendi-, no necesariamente encontrará todos los actos lesivos denunciados como probados ni todos los derechos invocados que hubieran sido violentados o estuvieran amenazados, y por ende, tampoco encontrará racional ni razonable conceder o denegar la tutela conforme a todas las peticiones de la parte accionante.

b) La razón de la decisión -ratio decidendi-

La razón de la decisión -ratio decidendi- se encuentra en la motivación fáctica de la sentencia constitucional que resuelve el caso concreto, donde se aplica la norma, subregla o precedente, identificado en la fundamentación normativa; toda vez que, es en el análisis del caso concreto donde el juez o tribunal de garantías o Tribunal Constitucional Plurinacional explica los fundamentos y motivos por los cuáles aplicó al caso una determinada disposición legal, precedente constitucional o subregla creada en dicha Sentencia; es decir, los motivos en concreto que determinaron que se conceda o se

deniegue la tutela; razón de la decisión que puede concretar el alcance de una disposición legal o constitucional, o simplemente, por ejemplo, puede reiterar lo señalado por una anterior sentencia o limitarse a aplicar la ley -entendimiento asumido también por la SCP 0846/2012 de 20 de agosto-.

c) La decisión

En la parte resolutive o decisión de la sentencia constitucional -Por tanto-, lo que debe hacer el juez o tribunal de garantías y el Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de la fundamentación normativa y la motivación fáctica desarrollada en el caso concreto, que resuelve cada uno de los problemas jurídicos identificados, es:

- 1) Definir la forma de resolución, es decir, la forma en que se resuelve el caso, por ejemplo, concediendo o denegando la tutela en todo o parte, y en lo conducente, revocando o aprobando dicha concesión o denegatoria, o en su caso, emitiendo otras formas de resolución si no se ingresa al fondo y el juez constitucional se decante por una causal de improcedencia racional y razonable;
- 2) Precisar y determinar respecto de qué derecho o derechos fundamentales o garantías constitucionales se concede la tutela, y si corresponde, por inobservancia a qué valores y principios constitucionales;
- 3) En correspondencia con el punto 2), disponer la aplicación de manera precisa y clara de la consecuencia jurídica que se genera con la forma en que se resolvió el caso, que podrá consistir por ejemplo, en el supuesto de concesión de una tutela reparadora -ante vulneración o supresión de derechos-, en la nulidad de la resolución judicial o administrativa impugnada, disponiendo el reenvío a la autoridad demandada para que pronuncie nueva resolución conforme a la razón de la decisión -ratio decidendi-, o el cese del acto lesivo, tratándose de actos ilegales provenientes de particulares, o en el supuesto de una tutela preventiva -ante la amenaza de vulneración o supresión a derechos-, disponiendo se impida se produzca el daño lesivo a derechos[6]. Consiste en emitir de manera clara y precisa una orden a la autoridad o persona demandada que lesionó el derecho o existe una amenaza de hacerlo actúe o se abstenga de hacerlo, con el objeto de garantizar al afectado o agraviado el goce efectivo de su derecho, volviendo al estado anterior a la violación.

En este caso, ordenar las consecuencias jurídicas de una determinada forma de resolver, por ejemplo, en el supuesto de concesión de la tutela, alcanza también a la condenación y calificación de daños y perjuicios, la reparación e indemnización de forma proporcional a los derechos y garantías constitucionales vulnerados y restituidos con la tutela[7], la remisión de antecedentes al Ministerio Público, la aplicación de costas, multas, etc., otorgando un plazo para el cumplimiento de lo dispuesto de forma inmediata o en un plazo diferido, es decir, precisar los alcances y los efectos de sus sentencias en el tiempo -art. 28 del CPCo-; y,

- 4) Precisar y determinar quiénes son los sujetos de protección o beneficiarios del derecho fundamental protegido en la sentencia constitucional, o lo que es lo mismo, los titulares de los derechos subjetivos protegidos por la sentencia constitucional, cuidando de precisar quiénes son los directamente afectados o agraviados, en especial en los casos de multiplicidad de accionantes o cuando no exista coincidencia entre el titular del derecho y quién interpone la acción de defensa[8]; y quiénes son los obligados a cumplirla, vale decir, los legitimados pasivos, pudiendo en este supuesto el juez constitucional involucrar a terceros ajenos al proceso constitucional a su cumplimiento, atendiendo las particularidades del caso concreto, última previsión que ingresa al ámbito del dimensionamiento a los efectos interpartes que tiene una acción de defensa, que se extiende a terceros ajenos al proceso constitucional, dada la relevancia y exigencia que el caso concreto requiere[9] -art. 28 del CPCo-.

Sobre los puntos 3) y 4), el art. 28.II del CPCo, señala que: “La parte resolutive del fallo sobre el fondo de la acción, demanda, consulta o recurso podrá determinar su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto” (el resaltado es nuestro), los jueces o tribunales de garantías y el Tribunal Constitucional Plurinacional, pueden y/o deben precisar los alcances y los efectos de sus sentencias en el tiempo, indicando en qué plazo y también de qué modo se debe cumplir lo dispuesto en la sentencia, adoptando, entre las múltiples alternativas disponibles, cuál es el efecto que mejor protege los derechos fundamentales y garantías constitucionales que son motivo del amparo, cuidando, por

ejemplo, de precisar en qué medida se extienden los efectos de la sentencia constitucional en el proceso judicial o administrativo, fijando efectos retroactivos, diferidos, conciliatorios[10], atendiendo siempre las particularidades del caso concreto.

Como se tiene señalado, los cuatro elementos desarrollados que deben contener la decisión o parte resolutive de una sentencia constitucional, son esenciales dentro de la estructura de la misma, porque otorgan coherencia y congruencia interna entre los problemas jurídicos identificados, la parte de fundamentación normativa, la motivación fáctica -razón de la decisión- y la decisión; por lo mismo, exigibles en rigurosidad, por cuanto se trata de delimitar y precisar el alcance de la cosa juzgada constitucional. Asimismo, las exigencias arriba detalladas tienen la finalidad de reducir la carga procesal constitucional en el tema de solicitudes de aclaración, complementación y enmienda en fase de ejecución y cumplimiento de las sentencias constitucionales en la medida de lo determinado, así como quejas por incumplimiento parcial o distorsionado de las resoluciones constitucionales, finalidades que en definitiva consolidan una justicia constitucional pronta y efectiva.

Se subraya que la modulación y dimensionamiento de los efectos de las resoluciones constitucionales es de larga data en la tradición jurisprudencial de la justicia constitucional, no solo en sentencias de control normativo y competencial sino también en acciones de defensa, como son el amparo constitucional, la acción de libertad, la acción de protección a la privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular.

5.3. La necesidad de titulación de las partes de las resoluciones judiciales

La estructura que ha sido desarrollada precedentemente mantiene en algunas disposiciones legales, conforme se ha visto en la Primer Unidad Temática, y en la práctica judicial de gran parte de las autoridades jurisdiccionales, una denominación tradicional. Así, la parte de la identificación del caso, que el presente texto se ha denominado como **ENCABEZAMIENTO**, se la individualiza, en algunos casos con el nombre de **RESULTANDO**; la parte nombrada en el texto como **ANTECEDENTES** recibe, en muchas Resoluciones, la denominación de **VISTOS**, y la parte **CONSIDERATIVA**, denominada aquí bajo ese nombre pero especificando que incluye al problema jurídico, a la fundamentación normativa y a la motivación fáctica, lleva únicamente el título de **CONSIDERANDO**, que en la mayoría de los casos no contiene un resumen del problema jurídico (salvo en la justicia constitucional y en algunas Salas del Tribunal Supremo de Justicia) y que en otros suele dividirse en **CONSIDERANDO I**, generalmente referido a la fundamentación normativa y **CONSIDERANDO II**, referido a la motivación fáctica

Sin embargo, esa denominación no resulta la más adecuada para la estructura de una resolución actual, que requiere, como se ha venido insistiendo a lo largo de todo el texto, que sea comprendida por las partes y población en general. Así, la titulación de las resoluciones judiciales requiere sustituir aquellos términos que resultan opacos, grises, poco claros por otros que permitan identificar claramente los antecedentes, los fundamentos y la motivación de la resolución.

En ese entendido, las antiguas denominaciones de las partes de una resolución judicial deben ser reemplazadas por palabras que permitan un acercamiento directo a la resolución judicial, sin temor a los tecnicismos y al lenguaje jurídico muchas veces oscuro y enigmático; por ello se plantea la necesidad de **TITULAR** de manera sencilla las partes de una Sentencia y **SUBTITULAR** los temas específicos que serán abordados, de tal

suerte que quien lea las resoluciones judicial comprenda perfectamente su contenido, el problema que se está debatiendo, la argumentación desarrollada y la parte resolutive.

Este reto fue iniciado por el Tribunal Constitucional en el año 2002 - hasta esa fecha (gestiones 199, 2000, 2001 y parte del 2002) continuaba con la estructura tradicional con vistos, y considerandos- ofreciendo una estructura más amigable y de fácil comprensión para la población en general, conforme se puede apreciar:

ESTRUCTURA DE UNA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

(ENCABEZAMIENTO O PARTE INTRODUCTORIA)

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 123/2012

Sucre, 23 de marzo de 2012

SALA PRIMERA ESPECIALIZADA

Magistrada Relatora:

Acción de libertad

Expediente: 00056-2012-01-AL

Departamento: Pando

En revisión la Resolución 01/12 de 13 de enero de 2012, cursante de fs. 41 a 42 vta. pronunciada dentro de la acción de libertad interpuesta por... contra ...Vocal de la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA (ANTECEDENTES)

- I.1. Contenido de la demanda
 - I.1.1. Hechos que motivan la acción
 - I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados
 - I.1.3. Petitorio
- I.2. Audiencia y Resolución del Juez o Tribunal de garantías
 - I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción
 - I.2.2. Informe de las autoridades demandadas
 - I.2.3. Resolución
- I.3. Trámite Procesal en el Tribunal

II. CONCLUSIONES

II.1.

II.2.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

(Síntesis del problema jurídico)

III.1. **Fundamentos normativos con titulación respectiva de acuerdo al tema.**

III.1.1. (Subdivisiones)

III.1.2. (Subdivisiones)

III.3. **Análisis del caso concreto (Motivación fáctica)**

PARTE RESOLUTIVA

Conforme a lo anotado, tanto desde la perspectiva internacional, como comparada y aún interna, se busca una mayor comprensión de la estructura y del contenido mismo de las resoluciones judiciales, por ello, ahora es ineludible que las autoridades jurisdiccionales adopten la titulación de sus resoluciones como una forma además de transparentar sus resoluciones judiciales. Es un reto por la sencillez, por la coherencia y la comprensión de las Resoluciones; en definitiva, es un esfuerzo por acercar la justicia a la ciudadanía, y dar concreción a los principios de servicio a la sociedad, participación ciudadana y control social.