INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Boris Wilson Arias López

EDICIÓN - 2026
BOLIVIA

LIBRO:

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Publicación oficial:
Tribunal Constitucional Plurinacional

PhD. Paola Verónica Prudencio Candia
Presidenta
Tribunal Constitucional Plurinacional

MSc. Ángel Edson Dávalos Rojas
Decano
Tribunal Constitucional Plurinacional

Dra. Amalia Laura Villca
Magistrada
Tribunal Constitucional Plurinacional

Autor:

Boris Wilson Arias López
Magistrado
Tribunal Constitucional Plurinacional

Edición
Tribunal Constitucional Plurinacional

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Boris Wilson Arias López

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Sucre -Bolivia
2026

348 ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson
Introducción al Análisis de la Jurisprudencia, Boris Wilson Arias López / 1º edición / Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre: Bolivia, 2026

205p. : 23 cm

DL: 8-1-1957-18
ISBN: 978-99974-340-0-5

<JURISPRUDENCIA> <DERECHO>

1a edición: abril de 2026
DISTRIBUCIÓN GRATUITA

©Boris Wilson Arias López

© Tribunal Constitucional Plurinacional

Diagramación TCP-UCOMP – Javier Arancibia Martínez

Edición Digital en Bolivia -

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en el todo ni en sus partes, ni registrada en (o transmitida por) un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito del autor.

A mi esposa, y mi hija Victoria a quien le pido que no tome como pasatiempo su verdadera profesión.

A mis padres Lourdes y Mario, mi abuelo Luis y al resto de mi familia.

A mis alumnos de la materia de "Interpretación Jurisprudencial" de la Universidad Católica "San Pablo" a quienes debo recordar lo referido por Anthony de Mello "En cierta ocasión se quejaba un discípulo a su maestro: –Siempre nos cuentas historias, pero no su significado, el maestro replicó: –¿Te gustaría que alguien te ofreciera fruta y la masticara antes de dártela?"

PRESENTACIÓN

Me siento honrada y profundamente agradecida por presentar esta obra de mi colega y amigo Boris Wilson Arias López, jurista de sólida formación, con vasta trayectoria académica y profunda vocación por la justicia constitucional, cuya contribución al pensamiento jurídico boliviano encuentra en este libro una expresión particularmente madura, reflexiva y necesaria. Su formación especializada en derecho constitucional y procesal constitucional, su experiencia como letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, su dedicación y compromiso con el ejercicio docente y su extensa producción intelectual revelan a un autor que no solo conoce la jurisprudencia desde la teoría, sino también desde la práctica viva de su construcción, aplicación y crítica. Esa doble condición —la del académico riguroso y la del operador jurídico experimentado— se advierte con claridad a lo largo de esta obra.

Introducción al análisis de la jurisprudencia no es solamente un libro sobre sentencias. Es, ante todo, una invitación seria a pensar el Derecho desde el razonamiento judicial, desde sus tensiones, sus presupuestos teóricos, sus alcances institucionales y sus implicaciones para la cultura jurídica de nuestro país. Ya desde su índice y desde las primeras páginas, el lector advierte que no se encuentra ante una compilación descriptiva ni ante un manual repetitivo de criterios jurisprudenciales, sino ante un trabajo que busca problematizar cuestiones de fondo: la relación entre Derecho y jurisprudencia, la noción de vinculatoriedad jurisprudencial en Bolivia, el diálogo entre jueces, la universalización de la decisión judicial, la construcción de líneas jurisprudenciales, los límites de la interpretación constitucional y la posibilidad de un estándar de fundamentación de sentencias.

Uno de los mayores méritos de esta obra es su honestidad intelectual. El autor parte de una preocupación auténtica, nacida de la experiencia concreta, acerca de la distancia que a veces existe entre el “deber ser” enseñado en las aulas y el “ser” que se manifiesta en la práctica jurisdiccional. Desde esa inquietud, el libro no se limita a denunciar inconsistencias o vacíos, sino que propone una manera más exigente de aproximarse a la

jurisprudencia: no como una fórmula que deba memorizarse o repetirse mecánicamente, sino como una construcción argumentativa que debe ser comprendida, discutida y contextualizada. Esta perspectiva resulta particularmente valiosa en un tiempo en que la consolidación del Estado Constitucional exige jueces, litigantes, docentes y estudiantes capaces de leer críticamente las decisiones judiciales y de advertir la teoría que las sostiene.

En Bolivia, donde la jurisprudencia constitucional ocupa un lugar cada vez más relevante en la definición del contenido y alcance de los derechos, de las garantías y de las competencias públicas, una obra de esta naturaleza cumple una función formativa de especial importancia. Nos recuerda que la fuerza de una decisión judicial no radica únicamente en la autoridad del órgano que la emite, sino también en la calidad de su fundamentación, en la coherencia de sus razones, en la transparencia de su método y en su aptitud para integrarse de manera armónica al sistema constitucional. Por ello, este libro constituye también un aporte al fortalecimiento de una cultura jurídica más reflexiva, menos formalista y más consciente del papel que cumple la jurisprudencia en la vida institucional del país.

El recorrido intelectual del Dr. Boris Wilson Arias López, reflejado en su hoja de vida, confirma que estas páginas no son fruto de una aproximación ocasional al tema, sino el resultado de años de estudio, docencia, investigación y experiencia jurisdiccional. Su formación doctoral y de maestría en áreas vinculadas al derecho constitucional, procesal constitucional, justicia y derecho, así como su producción bibliográfica y sus publicaciones especializadas en Bolivia y en el exterior, dan cuenta de una trayectoria sostenida de reflexión sobre la interpretación constitucional, los derechos humanos, la argumentación jurídica, el amparo constitucional y la justicia constitucional comparada.

Quisiera destacar, además, que esta obra posee una virtud poco común: interpela tanto al especialista como al lector en formación. El investigador encontrará en ella problemas teóricos serios y

líneas de debate que remiten a discusiones mayores sobre fuentes del derecho, precedente, ratio decidendi, interpretación y fundamentación. El juez y el litigante hallarán herramientas para pensar la práctica judicial con mayor rigor. El estudiante, finalmente, descubrirá que la jurisprudencia no es un conjunto disperso de fallos que deben citarse por inercia, sino un campo de estudio que exige método, razonamiento y sensibilidad constitucional. Esa amplitud de destinatarios acrecienta el valor del libro y explica por qué su lectura puede resultar útil no solo para la academia, sino también para la consolidación institucional de la justicia constitucional boliviana.

Como Magistrada Presidenta del más alto tribunal de justica constitucional en Bolivia, pero también desde la consideración personal que inspira la trayectoria del autor y la amistad forjada al compartir el espacio laboral, me complace afirmar que este libro honra el debate jurídico serio y contribuye a ennoblecer la función de pensar críticamente la jurisprudencia. En tiempos en los que con frecuencia se exige respuestas inmediatas, obras como esta reivindican el valor de la reflexión profunda, del estudio disciplinado y del compromiso con una justicia constitucional intelectualmente responsable.

Estoy segura que esta obra despertará interés, promoverá debate y se convertirá en una referencia obligada para quienes deseen comprender con mayor profundidad el papel de la jurisprudencia en el Estado Constitucional boliviano. Su lectura permitirá no solo conocer mejor el fenómeno jurisprudencial, sino también asumir con mayor responsabilidad la tarea de interpretarlo, aplicarlo y discutirlo.

Por todo ello, recomiendo esta obra con plena convicción. En sus páginas el lector encontrará no solo erudición y experiencia, sino también una genuina preocupación por mejorar la comprensión del Derecho y por contribuir, desde la reflexión jurídica, al fortalecimiento de la justicia constitucional en Bolivia.

PhD. Paola Verónica Prudencio Candia
Presidenta
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

ÍNDICE

Sobre el presente libro..... 13

CAPÍTULO I: DERECHO Y JURISPRUDENCIA 17

I. Un caso problemático. II. Las fuentes del derecho y su implicación con la cultura. III. La teoría como teorías de "precedentes". IV. La Jurisprudencia como fuente del derecho.

CAPÍTULO II: LA NOCIÓN DE VINCULATORIEDAD JURISPRUDENCIAL EN BOLIVIA..... 39

I. A modo de introducción. II. Aspectos generales de la vinculatoriedad jurisprudencial en Bolivia. III. Indefinición en Bolivia de la noción de la vinculatoriedad. IV. El juez más poderoso.

CAPÍTULO III: MÁXIMO ESTANDAR Y DIÁLOGO ENTRE JUECES..... 57

I. El debate moral ya no en la ley sino en la jurisprudencia. II. Lo vinculante y lo no vinculante a partir de la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dicta.* III. La herramienta del "máximo estándar" muestra al derecho como resultado de una construcción.

CAPÍTULO IV: UNIVERSALIZACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL 77

I. Planteamiento del problema a tratar. II. El minimalismo y la universalización de la decisión judicial al caso concreto. III. La coherencia que piden los maximalistas. IV. Entre lo general y lo particular de la decisión judicial. V. Otra vez la cultura jurídica.

CAPÍTULO V: ANALOGÍA Y DERECHO 99

I. La igualdad como teoría compleja. II. Interpretación y analogía. III. La jurisprudencia: entre lo igual y lo desigual.

CAPÍTULO VI: DE LO GENERAL A LO PARTICULAR EN LA DECISIÓN JUDICIAL 121

I. Lo vinculante y lo obligatorio en la decisión judicial. II. La cosa juzgada: el efecto expansivo de la *decisum.* III. Los extremos: generalizar lo excepcional y limitarse a resolver un caso.

CAPÍTULO VII: LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL 143

I. Exordio a la temática. II. La diferenciación entre disímiles tipos de sentencias no explica necesariamente lo que hace un tribunal. III. El orden no viene dado sino lo damos nosotros. IV. Dos ejemplos del análisis de líneas jurisprudenciales.

CAPÍTULO VIII: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN LEGAL: LÍMITES INCIERTOS 163

1. Introducción. 2. La interpretación desde la Constitución como superación a la distinción entre el control de constitucionalidad y el de legalidad. 3. Revisión a la interpretación legal por la justicia constitucional en Bolivia a través de amparos constitucionales. 4. A modo de conclusión

CAPÍTULO IX: LA POSIBILIDAD DE UN ESTANDAR DE FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS 179

I. La problemática a analizar. II. El contexto "cultural" del estándar de fundamentación judicial. III. Co-existen tantos estándares de fundamentación como jueces existen en el órgano judicial.

REFERENCIAS 199

SOBRE EL PRESENTE LIBRO*

Recuerdo que cuando era estudiante de derecho fui invitado a impartir una clase sobre el *habeas corpus* a policías que cumplían funciones en recintos penitenciarios, y en una parte de mi exposición repetí lo que se me había enseñado en la Universidad respecto al art. 18 de la Constitución –entonces vigente–, en sentido de que dispuesta la libertad por el juez o tribunal de garantías "*El fallo deberá ejecutarse en el acto*", es decir desde el mismo salón de audiencias y por consiguiente esos policías a quienes era dirigida la disertación debían retornar solos al recinto penitenciario luego de que el Juez(a) dispusiera la libertad del imputado, entonces una suboficial levantó la mano y notoriamente irritada manifestó que no debía enseñar eso y que si los policías lo hiciesen habrían de tener muchos problemas legales, aspecto que sin embargo no supo justificar desde el derecho vigente pero lo sostenía enérgicamente.

Esa noche no pude dormir con tranquilidad, me preguntaba si la suboficial tendría la razón y yo estaba enseñando algo que les podría generar responsabilidad sea administrativa o incluso penal, pero al mismo tiempo pensaba que eso era lo que se repetía en el libro y en la clase del profesor de derecho constitucional[1].

---

* Agradezco a la Ms. Sc. Agnes Vargas Ticona quien tuvo la paciencia de revisar la redacción del presente trabajo

1 La Constitución boliviana de 1967 establecía: "*En ningún caso podrá suspenderse la audiencia. Instruida de los antecedentes, la autoridad judicial dictará sentencia en la misma audiencia ordenando la libertad, haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente.* ***El fallo deberá ejecutarse en el acto****. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio, ante la Corte Suprema de Justicia en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo*" y en similar sentido el libro: *Recursos Constitucionales* de Héctor Arce Z., Editorial U.P.S., Bolivia., 1994.

Mucho tiempo después leí la SC 1499/2002-R de 9 de diciembre, que estableció: "…*cuando señala que "la sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado en el acto [...] se ordenará aun cuando la sentencia absolutoria no esté ejecutoriada y se cumplirá directamente desde la sala de audiencia", debe entenderse en el sentido de que el juez debe ordenar la libertad y en la misma sala de audiencia debe expedir el mandamiento, pues quien debe ejecutar el mandamiento es el Director del Establecimiento Penitenciario*…" pero además se entendió así porque además es posible que el accionante tuviera otros mandamientos u órdenes de detención o aprehensión en su contra, entonces me pregunté muy apenado:
¿Por qué lo que me enseñaron en la universidad no era lo que ocurría en la práctica?

En las aulas bolivianas de derecho en general existe un gran abismo entre el "deber ser" que se nos enseña y el "ser" que es lo que efectivamente sucede, es decir que aprobamos materias por memorizar libros, normas o textos pero realmente es muy escasa la jurisprudencia que leemos y muy poca experiencia en el ejercicio de la profesión la que llegamos a adquirir.

Ya titulado de abogado leía y leía jurisprudencia, pero ese mundo me parecía tan maravilloso y a la vez estaba tan empapado de repetir lo que otros decían, que la falta de desarrollo de mi espíritu crítico me impedía ver error alguno en lo que leía, de esa forma tomaba la sentencia como una continuidad del texto que recibía de mis profesores en la Universidad, y tanto leí que escribí entonces un libro "de" jurisprudencia, como habitualmente se escriben los libros en Bolivia, con mucha copia de jurisprudencia y breves comentarios a la misma.

Sin embargo, con los años me di cuenta que toda palabra e idea que tenemos solo y únicamente tiene sentido si presupone un concepto teórico, y que la repetición de sentencias sin comprender ese marco teórico, con el solo argumento de la autoridad "porque lo dijo el Tribunal", nos hizo operadores de justicia incoherentes e ignorantes de nosotros mismos.

La idea de que se debe repetir la norma o la sentencia para ganar un caso ha generado en Bolivia la noción de que un libro solo vale en la medida en la que describa la ley vigente o la última sentencia, es así que en el presente libro mi intención no es la de enseñar esa jurisprudencia o esa legislación, sino la de

reflexionar sobre determinadas problemáticas y mostrar cómo su razonamiento puede ser problematizado y generalizado al análisis de toda la jurisprudencia.

En este sentido me temo que el debatir únicamente sobre la "ultima" sentencia dictada por un tribunal en Bolivia nos ha llevado a perder la noción de los marcos teóricos que dieron lugar a esa sentencia, ya presentes en sentencias anteriores, entonces cuando debatimos en nuestro país lo hacemos sobre lo coyuntural y no sobre lo que tiene vocación a permanente, aspecto que ha provocado francamente un caos jurisprudencial, ello porque un mismo tribunal usa a conveniencia un marco teórico y llega a un resultado, y luego usa otro y llega a otro resultado, sin que muchas veces puedan los litigantes si quiera notarlo, porque –reitero– solo se estudia la sentencia y no el razonamiento y teoría que hay detrás de ella.

Tras dejar el cargo de letrado en el Tribunal Constitucional Plurinacional y volver a La Paz ingresé como docente en la Universidad Católica "San Pablo" a cargo de una nueva materia como es la de "interpretación jurisprudencial", y de ahí la idea de escribir un libro ya no "de" jurisprudencia sino esta vez "sobre" jurisprudencia, o al menos de algunos de sus tópicos, que en general ignoramos en nuestra formación de abogados, en este sentido el presente texto es fruto de mis lecturas, mi experiencia en el órgano de control de constitucionalidad y mi papel de docente.

El capítulo de "*La noción de vinculatoriedad jurisprudencial en Bolivia*" se publicó en el libro: "*Sistemas jurisprudenciales en América y Europa*" de la Editorial Tirant lo Blanch y el titulado "*Interpretación constitucional e interpretación legal: límites inciertos*" en la Revista de *Estudios Constitucionales* 2015, vol 13, No.1 por su parte el resto de trabajos son inéditos y desarrollan la idea de la jurisprudencia como fuente del derecho, la tesis del mejor estándar como idea moral, el minimalismo jurisprudencial, la argumentación y el alcance de la decisión judicial y la construcción de jurisprudencia, además de la importancia del intérprete en la lectura, construcción y aplicación de la jurisprudencia.

De lo desarrollado en el presente libro y en un contexto como el boliviano pretendo mostrar que la decisión judicial en definitiva es más compleja de lo que parece, pues no se limita a subsumir o a seguir una sola teoría, ello sucede porque la mente humana en

definitiva es de lo más impredecible en la naturaleza, de forma que lo que pasa en la mente de un juez puede ser resultado de sus experiencias, la presión política que siente, lo que se espera del juez, etc., de ahí que es demasiada la gente a la que debo agradecer por ayudarme a comprender mi propia mente sea cuando redactaba resoluciones, cuando litigo o doy clases.

Capítulo I

DERECHO Y JURISPRUDENCIA*

I. UN CASO PROBLEMÁTICO

El art. 394 del Código de Procedimiento Penal (CPP) boliviano establece que: "*Las resoluciones judiciales serán recurribles en los casos expresamente establecidos por este Código*" por tanto de la lectura literal parecería claro que no son susceptibles de apelación las resoluciones que resuelven incidentes por no estar expresamente previstos como apelables en la norma procesal penal[2].

En este sentido, para el Tribunal Constitucional siendo que la ley no reconocía recurso de impugnación alguno procedió a admitir demandas de amparo constitucional contra resoluciones que resolvían incidentes, pues la acción constitucional procede cuando no existe recurso ordinario que agotar jurisprudencia que se sostuvo uniformemente desde el año 2001[3].

Sin embargo, después de casi una década de aplicación uniforme de la referida ley en la Sentencia Constitucional (en adelante

---

* Agradezco la lectura y observaciones a este capítulo realizados por Felipe Cordero Cervantes y Juan Carlos Estivariz Loayza y Jorge Asbún Rojas.

2 El art. 403 del Código de Procedimiento Penal boliviano establece: "*El recurso de apelación incidental procederá contra las siguientes resoluciones: 1. La que resuelve la suspensión condicional del proceso;* ***2. La que resuelve una excepción****; 3. La que resuelve medidas cautelares o su sustitución; 4. La que desestime la querella en delitos de acción privada; 5. La que resuelve la objeción de la querella; 6. La que declara la extinción de la acción penal; 7. La que conceda, revoque o rechace la libertad condicional; 8. La que niegue o revoque la solicitud de ampliación de la etapa preparatoria en delitos relacionados con organizaciones criminales; 9. La que admita o niegue la suspensión o extinción de la pena, 10. La que resuelva la reparación del daño; y; 11. Las demás señaladas por este Código*".

3 Por ejemplo, la SC 1083/2006-R de 30 de octubre, sostiene: "…*la resolución que resuelve un incidente de nulidad por supuestos defectos absolutos no es recurrible en apelación incidental, entendimiento que se sustenta en lo previsto en el art. 394 del CPP, toda vez que el orden jurídico procesal penal vigente ha establecido en forma expresa cuales son las resoluciones apelables a través del recurso de apelación incidental, entre las que no se encuentra la que rechaza o concede el incidente por defecto absoluto*…".

SC) 1008/2010-R de 23 de agosto, sin declarar inconstitucional la indicada norma, y por lo tanto, manteniendo su validez y vigencia, el órgano de control de constitucionalidad modificó su criterio estableciendo que: "*…el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris 'Excepciones e incidentes', cuyo procedimiento se rige por el art. 314 y ss. del CPP, precisando: 'Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes…',* ***por ello dentro un sentido amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones*** *e incidentes, dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras*"; es decir, en los hechos se sostuvo que las "excepciones" eran el género y que los "incidentes" eran la especie de forma que si la norma señala que son apelables las excepciones, por tanto se debía entender que están incluidos los incidentes, lo que a su criterio es concordante con el art. 180.II de la Constitución que garantiza la doble instancia.

Si consideramos que en realidad la lectura del art. 180.II de la Constitución de 2009, que establece que: "*Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales*", no necesariamente implica que todas las resoluciones dictadas por un juez penal sean apelables; por tanto, tampoco puede concluirse automáticamente que las resoluciones que resuelven incidentes deban ser apelables, de ahí que la mera invocación del referido artículo constitucional por parte del órgano de control de constitucionalidad no explica por sí mismo cómo se llega a la conclusión de que los incidentes son apelables, por lo que dicha decisión constitucional viola la garantía de la debida fundamentación que hace al debido proceso constitucional, pues pudo entenderse que en atención al principio de celeridad y para evitar complicar los procesos judiciales la garantía de la doble instancia únicamente alcanzaba a las decisiones que hacen al fondo de la decisión; es decir, a la sentencia condenatoria.

En efecto, si consideramos que la propia Constitución precisa que: "*Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley*"[4], la misma entonces reconoce la competencia del legislador para configurar el proceso penal y más específicamente la apelación incidental, de ahí que el mismo Tribunal Constitucional estableció que resoluciones judiciales como providencias, el Auto de Apertura del Proceso[5] o la calificación de honorarios profesionales[6] no son apelables por no tener prevista expresamente la apelación. Dichas decisiones contradictorias se adoptaron sin que se hubiese efectuado ninguna diferenciación con el caso analizado e incluso hacen que la decisión pareciera desconocer las competencias del Tribunal Constitucional pues incluso si se consideraba que el art. 394 del CPP violaba el art. 180.II de la Constitución, aspecto cuestionable como se acaba de aseverar, debió llanamente declarar su inconstitucionalidad pero no dar un sentido interpretativo contrario al texto de la norma en cuestión.

Ahora bien, en este contexto imaginemos un tribunal de segunda instancia que debe pronunciarse respecto a una apelación incidental contra una resolución que resuelve incidentes en materia

4 El art. 109.II de la Constitución boliviana establece: "*Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley*".

5 En la SCP 1594/2014 de 19 de agosto, referido a un caso en el cual dictado por el Tribunal de Sentencia el respectivo Auto de Apertura de Proceso, la parte accionante planteó solicitud de complementación y enmienda la cual fue rechazada planteando luego recurso de reposición el cual fue rechazado por el referido tribunal lo que fue denunciado en un amparo constitucional pero que se rechazó con el siguiente argumento: "*Pretende que en estos actos procesales se considere y resuelva la intervención de la acusadora particular, cuando la finalidad de cada uno de estos actos, es específicamente otra distinta; es decir, en cuanto al auto de apertura de juicio precisar los hechos sobre los cuales se abrirá el juicio oral, el señalamiento de audiencias para el sorteo de jueces ciudadanos, la constitución de tribunal y la celebración de juicio, con la advertencia de que dicho auto es irrecurrible, conforme manda el art. 342 del CPP, incurriendo en error al insistir en el pronunciamiento sobre dicha cuestión con la petición de complementación y enmienda, respecto al auto de apertura inteligible, posteriormente con la petición de reposición, cuando este recurso está destinado a impugnar decretos de mero trámite*".

6 Así, la SC 1598/2010-R de 15 de octubre es decir posterior a la referida SC 1008/2010-R de 23 de agosto y que refería a un abogado que pidió el cumplimiento de una igual profesional calificando el juez el honorario profesional conforme el arancel mínimo del Colegio de Abogados entonces decidió apelar dicha determinación, pero se rechazó la apelación alegándose que: "…*es evidente que la norma prevista por el art. 403 del CPP, indica taxativa y expresamente cuáles son las resoluciones judiciales que pueden ser recurribles en la vía incidental, donde lógicamente no se encuentra la Resolución que aprueba y dispone el pago de costas o de honorarios profesionales en el marco del art. 272 del CPP; consiguientemente, esta figura no es recurrible y las autoridades demandadas al declarar inadmisible el recurso de apelación incidental presentado contra la decisión del Juez de Instrucción Cuarto en lo Penal, no vulneraron ningún derecho del accionante*…".

penal, éste puede legítimamente pensar que las leyes gozan de presunción de constitucionalidad[7], de ahí que una norma deba aplicarse, salvo claro está que el Tribunal Constitucional hubiese declarado inconstitucional el art. 394 del CPP, aspecto que no sucedió; por tanto, puede concluir en su razonamiento que la SC 1008/2010-R se adoptó sin competencia pues emergió de una acción tutelar irregular como es un amparo constitucional donde no se analizan normas sino actos u omisiones que lesionen derechos, por lo que el órgano de control de constitucionalidad no podía inaplicar el art. 394 del citado Código[8].

Lo referido, puede provocar la siguiente inquietud en los miembros del tribunal de apelación: ¿Se debería dar preferencia a la aplicación de una ley emergente de un órgano democrático cuya literalidad no genera dudas respecto a la improcedencia de la apelación contra incidentes o debemos aplicar la sentencia que sin fundamentación sólida alguna a título de interpretar la norma adjetiva penal la inaplica, por tanto es ilegal e inconstitucional y desconoce las propias competencias del órgano de control de constitucionalidad?

Si consideramos una fuente del derecho como aquella donde el juez va a buscar la solución a una controversia jurídica y por tanto determina su decisión inclusive no esté de acuerdo con esa solución[9] en el caso planteado la SC 1008/2010-R aun siendo

---

7 El art. 4 del Código Procesal Constitucional boliviano establece: "*Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad*".

8 El Tribunal Constitucional desde su creación diferencia la impugnación a través del amparo constitucional de actos u omisiones de la impugnación que se hace a través de las acciones de inconstitucionalidad de las normas en las cuales se amparan dichos actos u omisiones, así por ejemplo, la SC 0074/2001-R de 30 de enero, cuando dentro de un amparo constitucional se impugnó las normas que regulaban un procedimiento civil sostuvo: "…*Que en el caso de Autos, el recurrente, en forma equivocada y trastocando el espíritu y fundamento del Amparo Constitucional, cual es la protección de los derechos y las garantías reconocidas por la Constitución y las Leyes, pretende lograr a través del mismo, la inconstitucionalidad de los arts. 49, 50 y 51 de la Ley N° 1760, cuando tal objeto únicamente puede perseguirse mediante la interposición de Recursos específicos como son los Recursos Directos o Indirectos de Inconstitucionalidad, de los cuales el Amparo no es sustitutivo, circunstancia que a todas luces determina la improcedencia del presente Recurso*".

9 F. Schauer cita el caso Fong Foo v. Shaughnessy que sostiene respecto a la jurisprudencia como fuente del derecho que: "*El stare decisis no tiene peso cuando significa solamente que el tribunal se adhiere a un precedente que considera correcto. Es significativo solo cual el tribunal se siente constreñido a una resolución anterior aunque al considere inadecuada o injusta*" (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* España, Marcial Pons, 2013, p. 103).

considerada como errada por los miembros del tribunal de apelación funcionará como fuente del derecho solo si su razonamiento se aplica al caso concreto[10], pero la cosa no es tan fácil pues el tribunal reconocerá tanto a la ley como a la jurisprudencia como fuentes del derecho y si bien a veces éstas muestran ser concordantes en los sentidos de sus declaraciones, se tiene que a veces como en el caso expuesto se contraponen no teniendo otra alternativa los jueces de apelación que dar prioridad en su decisión a una fuente del derecho sobre la otra.

El presente Capítulo desarrolla la idea de que tenemos diferentes nociones y grados de lo que nos es obligatorio, y por tanto, de lo que constituye o no una fuente del derecho de forma que a decir de F. Schauer puedo sentirme más impelido durante un fin de semana a ir a visitar a un familiar enfermo que a pasar la tarde con mis amigos, de igual forma, que un policía puede pensar que la ley que impone una velocidad máxima permitida en una carretera es importante pero que incluso así no debe cumplirse si está ante un vehículo que transporta a una persona herida, y de la misma manera, que un juez puede pensar que la interpretación contenida en un libro es la correcta; sin embargo, aplicar la ley o la jurisprudencia que se contraponen al texto del libro porque entiende que son fuentes del derecho más importantes.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU IMPLICACIÓN CON LA CULTURA

Para desarrollar lo referido procederé a mostrar la influencia del contexto cultural, en lo que consideramos como abogados que es una fuente del derecho y por tanto nos es obligatorio, en este sentido contrapondré dos visiones culturales predominantes que conciben de forma diferente la fuerza que tiene la jurisprudencia.

10 En este punto nuevamente puede citarse a F. Schauer quien al respecto manifiesta: "*Con respecto a los precedentes verticales, las justificaciones sobre su fuerza vinculante son bastante obvias. Así como se espera que los niños obedezcan a sus padres aun cuando no estén de acuerdo con ellos, que lo soldados rasos sigan aún aquellas ordenes de sus sargentos que creen equivocadas, que los católicos sigan los dictados del Papa aún si creen que son errado y que los empelados sigan instrucciones de sus supervisores, se espera que los jueces de tribunales inferiores sigan las "instrucciones" de los tribunales superiores, en algo que los militares llamarían "cadena de mando"...*" (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* España, Marcial Pons, 2013, p. 56).

Una de estas visiones del derecho sostiene que la jurisprudencia no es vinculante pues los jueces sólo obedecen a la ley, en contrapartida la otra posición sustenta que las sentencias con precedente tienen efecto normativo de forma que los jueces actúan como legisladores entonces para esta segunda visión la jurisprudencia es una verdadera fuente del derecho.

Para comprender la primera visión, debemos imaginar la complejidad en la edad media para que una persona identifique la fuente del derecho aplicable a un caso concreto pues en esa época las fuentes del derecho se sobreponían entre sí[11] y un juez no sólo tenía que aplicar leyes de diversas autoridades redactadas en diferentes idiomas, sino que además tenía que atender al ámbito territorial y al fuero personal de las partes procesales[12] y utilizar costumbres, las cuales, al no provenir de autoridad competente no se publicaban; por tanto, no se podía conocer con exactitud desde qué día exactamente estaban vigentes o se volvían obligatorias o desde cuando dejaban de estarlo por operar el desuetudo, de ahí que la labor judicial puede considerarse era la de un investigador.

Así la revolución francesa cambió la idea de que el derecho provenía de la voluntad de Dios, el cual habría puesto como gobernante a un rey y con una visión para esa época revolucionaria consideró que provenía de la voluntad del pueblo. Este paradigma, en lo jurídico se consolidó con la redacción del Código Civil, que a su vez rompe con las fuentes del derecho predominante hasta entonces imponiendo básicamente a la ley por sobre la costumbre[13]; por tanto, en los hechos puso al legislador sobre el juez;

11 En ese entonces habían varias fuentes del derecho dispersas de forma que: "*Cuando triunfa el Estado absoluto se le otorga primacía a la ley, por la pretensión del Estado de monopolizar la creación del Derecho*" (MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes*, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad-Adenauer, Montevideo-Uruguay. 2002, p. 13-37).

12 El derecho gremial perseguía a los miembros de una misma profesión donde quiera que estos fueran.

13 "*En todo sistema de derecho continental, las fuentes formales que aparecen revestidas con fuerza vinculante son las creadas mediante procedimientos explícitamente previstos para la creación de normas -como la ley y los actos administrativos- y por autoridades con competencias específicas para ello, y no para la aplicación de normas -como la jurisprudencia-…*" (BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos,* Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 199).

ello, porque éste último estaba al menos teóricamente sometido al texto de la ley[14].

La jurisprudencia entonces no podía ser vinculante porque de lo contrario se afectaría el papel representativo del parlamento y la división de poderes. De ahí, que cuando inició sus labores el tribunal de casación francés lo hizo en representación del legislativo para evitar, primero, que los jueces interpretaran la ley, y luego, tras reconocer una labor interpretativa a los jueces, que a través de éstas crearan derecho[15]. Una sentencia entonces no se reconocía como una verdadera fuente de producción del derecho siendo en su caso a lo mucho una fuente de conocimiento del derecho[16]; ello, porque bajo este pensamiento la sentencia no crea normas sino que las interpreta de forma que incluso cuando un juez cita jurisprudencia para este modo de ver las cosas no aplica el precedente sino la norma interpretada de acuerdo a la jurisprudencia.

En la otra visión en cambio el derecho se cimenta en el hábito, la imitación y la tradición; es decir, el derecho no es fruto de una revolución sino de una lenta evolución y en los hechos incluso el elemento que nos hace pensar como obligatoria a la ley es la costumbre y su aceptación. Ahora bien, si el *common law* se ve como un sistema normativo que puede corregir sus errores[17], entonces para ello debe permitir al mismo tiempo mantener el derecho

14 "…*los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*…" (MONTESQUIEU, Charles. *Del espíritu de las leyes*. México: Porrúa. 2003. p 151).

15 "…*en los países que no necesitaron ilusionarse con el absurdo de que el juez no podía interpretar la ley, naturalmente se aceptó que la seguridad y previsibilidad tendrían que ser buscadas en otro lugar. Y, ¿Qué lugar sería ese?... exactamente en los precedentes o precisamente, en el stare decisis*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013, p. 68).

16 Respecto al efecto vinculante de las decisiones judiciales esta posibilidad es rechazada por H. Kelsen quien manifiesta que: "*Si los tribunales están facultados para producir, no sólo normas jurídicas individuales, sino también generales, comienzan a competir con el órgano legislativo establecido por la constitución, lo cual significa una descentralización de la función legislativa*" (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 259).

17 A decir de Schauer "*Que el cambio en el common law esté sistemáticamente mejorándolo y refinándolo en lugar de empeorándolo y degenerándolo, o que sea simplemente casual, es una visión naturalmente optimista, pero se trata de un optimismo que ha impregnado al common law desde su comienzo*" (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* España, Marcial Pons, 2013, p. 129).

y a la vez cambiarlo de ahí la importancia del *stare decisis*[18] que implica la creencia de que si una decisión es buena entonces debe seguirse.

Pero además debe considerarse también que para el derecho anglosajón a diferencia de la visión francesa no era concebible que el derecho codificado fuera lo suficientemente completo como para eliminar todas las lagunas jurídicas y evitar todas las antinomias normativas, de ahí que se creyó que lo natural era que esos problemas se resolviesen a través del *stare decisis* que da efecto general a las decisiones judiciales[19] y concibe a la jurisprudencia como vinculante; por tanto, la concibe como una fuente del derecho.

Piénsese entonces que si el derecho consuetudinario es considerado obligatorio incluso antes de que exista el Estado, entonces no es extraño que se considere que ocurre lo propio con la jurisprudencia que refleja nada menos que la imagen de credibilidad que desde siempre deben tener las autoridades estatales[20]. Ello explica por ejemplo porque en una controversia constitucional en los Estados Unidos de América no se debate la ley aplicable sino qué jurisprudencia es aplicable.

Del análisis de ambas experiencias, tenemos que el predominio de una fuente del derecho sobre otra no es algo natural y no

18 Para Marinoni "*De la relación entre la naturaleza constitutiva de la decisión judicial y el stare decisis se formaron tres mitos: i) el common law no existe sin el stare decisis, ii) el juez del Common law, por crear derecho, realiza una función absolutamente diversa de aquella que realiza su colega del civil law; y, iii) el stare decisis es incompatible con el vicil law*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013, p. 24) para luego sostener "…*no hay que confundir Common Law con stare decisis. Ahora, el Common Law, comprendido como costumbres generales que determinaban el comportamiento de los Englishmen, existió, por varios siglos, sin stare decisis y rule of precedent… Además de que el Common Law nació siglos antes de alguien preocuparse con tales cuestiones, este funcionó muy bien como sistema de derecho sin los fundamentos y conceptos propios de la teoría de los precedentes, como, por ejemplo, el concepto de ratio decidendi*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013, p. 31).

19 En Estados Unidos si la declaración de inconstitucionalidad es realizada por el Tribunal Supremo ésta es vinculante para los demás órganos y jueces así desde el caso Cooper vs. Aaron que adopta el modelo del precedente.

20 En el derecho anglosajón "*El que el tribunal inferior siga el precedente del superior no es una derivación del principio de stare decisis… En principio, sólo juega, pues, por niveles horizontales. Plantea si un tribunal debe o no seguir su propio precedente, no si debe seguir el precedente del tribunal superior*" (ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 165).

puede dejar de estar condicionada por circunstancias históricas[21], sociales, culturales, políticas[22].

En efecto hoy en día en Francia se reconoce cada vez más el valor de la jurisprudencia y entre los anglosajones el de las leyes; es decir, en ambas visiones se reconocen a las leyes y a las sentencias autoridad; sin embargo, la diferencia aún se da en el rol que tienen en el razonamiento judicial[23], de forma que los jueces pueden creer que es la voluntad de la ley como expresión del principio de soberanía popular la que dispone que la jurisprudencia se constituye o no en una fuente del derecho[24] o puede por el contrario considerarse a la jurisprudencia como superior a la ley al determinar su contenido.

Pero además cuando el contexto en una determinada sociedad impone una fuente del derecho como principal, las otras fuentes del derecho actúan subsidiariamente a saber si existe predominio

21 Como ejemplo de lo referido puedo citar el libro: *El precedente constitucional – Análisis cultural del Derecho* de Edward Dyer Cruzado que ante la interrogante del porqué el Tribunal Constitucional establece precedentes redactados cual si fuesen leyes es decir haciendo abstracción total de los supuestos fácticos del caso muy alejado del manejo de jurisprudencia anglosajona y tras analizar la génesis histórica-contextual del Código Procesal Constitucional peruano sostiene como respuesta que se debe a que el gobierno de Fujimori buscaba otorgar seguridad jurídica para mejorar las inversiones económicas y partiendo de la idea-creencia de que los jueces ordinarios eran corruptos y/o incompetentes para identificar una *ratio decidendi* se buscó someter a los jueces ordinarios al Tribunal Constitucional el cual podía redactar precedentes con textos claros lo que sin duda confunde las decisiones judiciales con la ley.

22 En países políticamente más inestables la fuerza de las fuentes del derecho será más caprichosa de acuerdo al interés de sectores de poder dominante de ahí que en países como los latinoamericanos donde el presidencialismo es muy fuerte puede verse al gobierno y sus medios de comunicación exigiendo a los otros actores políticos se sometan a la ley pero respecto a sus actuados cuando le resulte inconveniente la ley opondrá la necesidad de la realidad como fuente del derecho alternativa entonces en estos países siempre que el presidente pueda mantenerse en el poder y ante la falta de institucionalización de los cargos públicos su poder de mando se constituirá en fuente del derecho predominante.

23 Al respecto y citando nuevamente a Marinoni: "*En los días que corren, la diferencia entre el magistrado del Common Law y el del Civil Law no está en la elasticidad de sus elaboraciones o interpretaciones, sino, en la importancia que ellos asumen en cada uno de los sistemas y, por consecuencia, en el respeto que les es debido*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013, p. 41).

24 En Bolivia la Ley del Tribunal Constitucional o Ley No. 1836 fue la que en su art. 44.I reconoció a la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho al establecer que: "*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*" criterio luego acogido por el art. 203 de la Constitución del año 2009.

de la Constitución sobre la ley, ésta se aplica en una problemática únicamente si no existe una norma Constitucional que regule la misma; sin embargo, no debemos engañarnos el paradigma no es tan sencillo pues una Constitución en teoría está por sobre la legislación o la jurisprudencia pero se desarrolla por el legislador y se interpreta por los jueces lo que hace de la decisión judicial un campo de batalla donde las fuentes del derecho todavía compiten constantemente.

En efecto el juez tiene códigos, jurisprudencia, derechos humanos, tratados internacionales de derecho comunitario, entre otros que pueden dar la misma o diferentes soluciones a un caso concreto pero que son vistas como fuentes del derecho y por tanto obligatorias al juez. El juez entonces elige una fuente del derecho sobre otra o construye a partir del material jurídico disponible la norma general que luego subsume a una problemática.

Visto de manera descontextualizada lo referido anteriormente puede provocar, sin duda, que un estudiante de derecho al leer jurisprudencia vea únicamente caos, ello claro está, si no llega a comprender la complejidad y superposición implícita en las relaciones de las fuentes del derecho, por ejemplo, puede ser que no comprenda que el predominio de una fuente del derecho es el mero reflejo de una lucha por el control del poder institucionalizado[25].

III. LA TEORÍA COMO TEORÍAS DE "PRECEDENTES"

El Tribunal Constitucional boliviano definió al precedente "… *como la doctrina constitucional boliviana creada a través de la interpretación constitucional con fuerza vinculante*"[26], dicho concepto alcanza a todas las causas tramitadas en la justicia constitucional pero además parte de la idea de que es suficiente una sola sentencia o decisión para que ésta llegue a ser vinculante.

25 En sociedades con un Poder Judicial débil es muy fácil notar este aspecto en las decisiones judiciales pues un mismo tribunal puede resolver dos casos iguales de manera diferente por ejemplo puede el Ministerio Público investigar un insulto de un opositor a una autoridad estatal como discriminación pero no al revés, es decir que una autoridad de alto rango que insulte a un opositor, en esos casos lo que cambia es el sujeto a investigar lo que solo se puede entender si se atiende no al derecho sino a la relación de poder.

26 Bolivia, Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional No. 1781/2004-R de 16 de noviembre.

Ahora pensemos que para el Tribunal Constitucional peruano el precedente constitucional vinculante "*es una disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el Tribunal Constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga*"[27] de forma que el concepto de precedente únicamente alcanza a las decisiones que el propio órgano de control constitucional identifica como tales y decide publicar siendo el resto de decisiones de dicho tribunal vinculan- tes por reiteración pero no precedentes[28].

Dichas distinciones, sin duda afectan a lo que concebimos como "precedente"[29] y hace imposible un concepto uniforme y definitivo sobre lo que debemos entender como jurisprudencia vinculante[30].

---

27 El Tribunal Constitucional del Perú en el Exp. 0024-2003-AI/TC sostuvo: "*La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*" y en el exp. 3471-2004-AA/TC sostuvo: "…*el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido delimitando paulatinamente*…".

28 En el Perú en los Exp. Na 03741-2004-AA/TC y Exp. 4853-2004-PA/TC se diferenció el "precedente" de la "doctrina jurisprudencial emitida por Tribunal Constitucional" así en este último supuesto es el juez quien diferenciando en la decisión la ratio decidendi y la obiter dicta debe identificar en cada caso la doctrina vinculante en cambio en el precedente dicha labor corresponde y se efectúa por el propio Tribunal Constitucional y en este sentido el Código Procesal Constitucional del Perú establece: "*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente*" en este sentido el "precedente" se ordena publicar mientras que la "doctrina jurisprudencial emitida por Tribunal Constitucional" tiene un efecto más disuasorio que vinculante.

29 Si dice que la jurisprudencia es un concepto cuantitativo pues refiere a un número y frecuencia determinado de decisiones judiciales uniformes mientras que el precedente jurisprudencial sería un concepto eminentemente cualitativo que llena una laguna jurídica de forma que puede referir a un solo caso. De lo expuesto, se diferencia entre el modelo del "precedente" y el "modelo" de la "jurisprudencia".

30 Incluso si pensamos en la finalidad que busca la vinculatoriedad no encontraremos uniformidad por ejemplo para C. Bernal Pulido dicha figura puede buscar al mismo tiempo: "*a. La búsqueda de coherencia. Si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar. b. El respeto al principio y derecho a la igualdad. El derecho debe tratar del mismo modo, con las mismas soluciones, a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros. Esta es,*

Para entender dicha aseveración, es necesario que quede clara la relación entre fuentes del derecho. Cuando digo: "*Lizzeth es jueza*" hago referencia a un hecho pero si digo: "*La palabra jueza tiene cinco vocales*" no me refiero a ninguna descripción sino a la palabra como tal. El lenguaje que refiere a otro lenguaje se llama "metalenguaje".

Volviendo al discurso jurídico es aceptado que las palabras de la ley tienen "textura abierta"[31]; es decir, que dan lugar a diversas posibilidades interpretativas, por ejemplo, respecto a lo que entendemos por plazo "razonable" o "debido" proceso; sin embargo, un juez ante una problemática tendrá que elegir una sola de esas interpretaciones, de ahí que si bien lo que debe entenderse por incidente y lo que debe tenerse por excepción está regulado en la ley la misma debe entenderse en el marco de lo que establece la jurisprudencia que se constituirá en este marco en un metalenguaje de la legislación[32].

Sin embargo, la relación entre dichas fuentes del derecho es recíproca; es decir, el alcance de lo que entendemos como vinculante se determina por la legislación en cuyo caso se invierten

---

asimismo, una exigencia del principio de universalidad. c. La garantía de la estabilidad del sistema jurídico. La estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y ello, a su vez, exige la uniformidad de dicha aplicación. La estabilidad es a su vez un presupuesto de la seguridad jurídica y del respeto del principio de la confianza legítima. d. La preocupación de reducir el ámbito de discrecionalidad de los jueces de inferior jerarquía en la administración de justicia. Resulta paradójico que, para oponerse a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, se afirme que de este modo se aumenta la discrecionalidad judicial. En realidad, es todo lo contrario: cuanto más vinculado esté el juez inferior a las reglas de la jurisprudencia establecidas por los jueces máxima jerarquía en el sistema, menor será el ámbito de discrecionalidad del que puedan gozar. Como es evidente, esta estrategia sacrifica la libertad creativa del juez inferior, pero redunda en beneficio de la coherencia del sistema" (BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos,* Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 200) y sin embargo esos fines buscados pueden en casos concretos colisionar entre ellos.

31 Que implica que los términos de la ley, la jurisprudencia y la doctrina tienen tiene vaguedad en lo referido a indeterminación conceptual como sucede con "debido" proceso o plazo "razonable" y ambigüedad referido a que un término, frase artículo etc. pueden tener diversas significaciones contrapuestas.

32 Al respecto Guastini dice: "…*derecho, jurisprudencia y filosofía del derecho se colocan en tres planos diferentes del lenguaje… La jurisprudencia, por otro lado, es un metalenguaje –un lenguaje de segundo grado o nivel –cuyo lenguaje –objeto es precisamente el derecho. Dicho con otras palabras: aquella consiste en el análisis del lenguaje del derecho. La filosofía del derecho es, a su vez, un meta-lenguaje –un lenguaje de tercer grado- cuyo lenguaje-objeto es el lenguaje de la jurisprudencia*" (GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho,* España, Marcial Pons, 2016, p. 25).

las cosas y la legislación se constituye en metalenguaje de lo que debemos entender por jurisprudencia o a veces circular, por ejemplo, cuando el legislador no se encuentra de acuerdo con la jurisprudencia puede modificar la legislación, la cual a su vez volverá a ser interpretada por el órgano judicial. La relación a veces circular y/o recíproca entre fuentes del derecho es altamente dinámica e impide un concepto uniforme y definitivo de lo que entendemos por jurisprudencia de ahí que el criterio manejado en un libro no coincidirá con el de los otros libros.

En efecto, por ejemplo para Miguel Reale la doctrina no puede ser considerada una fuente del derecho porque no emana del centro de poder que la haga cumplir[33]; sin embargo, lo que nos permite diferenciar entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* y se enseña en las aulas es justamente la doctrina que se constituirá en el metalenguaje de lo que entendemos por jurisprudencia, así, cuando los jueces definen el alcance de un concepto jurídico en su sentencia crean una norma jurídica desde la teoría jurídica que sustenta su interpretación sin que a veces se note claramente que lo están haciendo.

Lo que entendemos por derecho no está ni en las sentencias constitucionales, ni en las leyes, ni en los libros sino que "parecieran" estar en esos documentos en todo caso siempre están en su relación. Durante años se simplificó el derecho en nuestras aulas universitarias de forma que se enseñó memorizando la ley, la jurisprudencia, los libros pero recién hoy entendemos que el derecho es mucho más complejo que eso[34].

33 "*Se alega también que siempre existe la posibilidad de oponer a los argumentos sustentados por insignes jurisconsultos otros argumentos. De hecho, opiniones de juristas que en otro tiempo tuvieron gran predicamento no prevalecen en la jurisprudencia de nuestros días. No es ésta la razón por la que negamos a la doctrina la cualidad de fuente de Derecho. Nuestra tesis encuentra su fundamento en el hecho de que la doctrina nunca se desenvuelve en una "estructura de poder" que es un requisito esencial al concepto de fuente*" (REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide S.A.-Madrid 1979, p. 134).

34 "*Es notable como, ante el panorama descrito, nuevamente tambalea la metáfora fuente/cántaro ¿Son los principios "fuentes" contenidos en los "cántaros" constitucionales? ¿Es la constitución "fuente" contenida en los "cantaros" legales? ¿O por el contrario, la ley se debilita frente a la jurisprudencia, que se transforma en el "cántaro" por excelencia, en la medida en que la presunción de legitimidad de la ley se ve debilitada por la primacía material de la Constitución?*" (DUQUELSKY, Diego. *De cómo los cántaros se volvieron fuentes.* En Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2011, Editorial de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, p. 75).

IV. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

Como se mencionó las fuentes del derecho son aquellas que permiten reconocer al derecho vigente, de ahí que la respuesta a la pregunta: ¿el derecho es diferente a la jurisprudencia? permite saber si la jurisprudencia es o no considerada fuente del derecho lo que a su vez nos remite al concepto que tengamos de lo que es derecho.

Desde un punto de vista legalista, la jurisprudencia no se considerará fuente del derecho si entendemos por esta a la que crea normas[35], pues en ese caso, la jurisprudencia tendría que ser equivalente a una ley[36] y al respecto para algunos la jurisprudencia no crea la ley sino que la interpreta; pero para otros dicha pregunta no debe tomarse desde el punto de vista de la creación de la norma jurídica sino de la fuerza vinculante de la jurisprudencia que hace que sea equivalente a una ley en el razonamiento judicial[37].

Entonces los que niegan el carácter jurídico de la jurisprudencia seguramente diferenciarán norma –Constitución, ley, decreto, entre otros.– y acto de aplicación normativa –como ser contrato, sentencia, acto administrativo, etc.–, y si bien, en algún caso pueden reconocer que son vinculantes a otros casos, ello se debe:

- a la ley interpretada es decir no es vinculante la sentencia como tal sino en virtud al artículo que está interpretando,

35 Como todo en derecho depende del concepto sobre el cual estructuramos nuestro análisis así en este caso dependerá de lo que entendamos por fuente del derecho de forma que "*…sea lo primero advertir que el concepto jurisprudencia no ha sido concebido siempre de la misma forma. En la plenitud del derecho romano antiguo se entendía como la "fuente del derecho que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica (Pieri, G; 2000)*" (PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica,* en Justicia Juris, Universidad Autónoma del Caribe, 2007. p. 9-14).

36 Por ejemplo, las sentencias constitucionales se considerarán fuente del derecho -negativo- cuando declaran inconstitucional una norma pues son normas que abrogan o derogan e impiden que el Legislativo vuelva a emitir una norma con un contenido semejante.

37 Para A. Ross las fuentes del derecho refieren a normas no al lugar donde emanan dichas normas pues en ese caso solo nos referimos a procedimiento legislativo de ahí que "*Por "fuentes del derecho", pues, ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez de las reglas en las que éste basa su decisión…*" (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 2005, p. 107) asimismo creía que las fuentes del derecho sólo podían identificarse estudiando la jurisprudencia de forma: "*Que algo es una fuente de derecho y que el juez está obligado a aplicarlo es, por lo tanto, la misma cosa*" (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 2005, p. 137).

- a una delegación legislativa que dispone que el juez precise la norma[38] o,
- a una norma genérica que atribuye ese efecto como sería el art. 203 de la Constitución que en Bolivia establece como vinculante a las decisiones judiciales constitucionales.

Como se observa en los tres casos referidos el juez no aplica estrictamente un precedente sino la legislación que está detrás del precedente que en realidad es la vinculante[39].

Para esta posición un juez no puede ser procesado por prevaricato[40] o falta administrativa si ha inobservado la jurisprudencia, no se puede plantear la inconstitucionalidad de una ley por contravenir una sentencia constitucional que interpretó una norma de la Constitución que tiene textura abierta, la inobservancia de la jurisprudencia no será causal de casación, ni habilitará la interposición de un amparo constitucional que tutela derechos y no la regularidad de las conductas salvo se establezca por la ley.

La posición contraria en cambio sostendrá que si bien la jurisprudencia no es parte del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia es una fuente del derecho[41], y por tanto, en el razonamiento judicial no solo tiene fuerza persuasiva; es decir, la advertencia de que llegado a un tribunal superior se revocará la decisión sino que tiene fuerza obligatoria en atención a que su inobservancia generará una sanción[42], la inobservancia de la jurisprudencia

38 Una variante de esta visión nos lleva a ver en el art. 203 de la Constitución una delegación al Órgano Judicial que reconoce a la jurisprudencia como fuente del derecho únicamente en aquellos casos en los que haya lagunas jurídicas -sentencia integradoras- de forma que los jueces al resolver casos concretos crean normas jurídicas semejantes a como lo hace el legislador al hacer ley confundiéndose entonces la ley con la jurisprudencia aunque el juez aplicará la ley que delega y no la jurisprudencia.

39 "*…observar el precedente no es otra cosa que aplicar al caso concreto la norma general obligatoria que aquél ha establecido, lo cual exige determinar, ante todo, de dónde se extrae esa norma general o, en otros términos, qué es lo que obliga de un precedente, de suerte tal que su apartamiento resulte generador de problemas*" (SODERO, Eduardo, *Sobre el cambio de los* precedentes. ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2004, p. 217-251).

40 El Código Penal boliviano respecto al delito de prevaricato sostiene en su art. 173 que: "*El juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley será sancionado con reclusión de dos a cuatro años*".

41 El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. 3471-2004-AA/TC sostuvo: "*…el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido delimitando paulatinamente...*".

42 Para aquellos que asimilan jurisprudencia con legislación implica que un apartamiento de notoria y uniforme jurisprudencia implicaría por parte del juez el delito de prevaricación.

constitucional es causal del recurso de casación y puede dar lugar a la inconstitucionalidad de una norma[43], todo ello, claro está al margen de lo que expresamente establezca la legislación pues la jurisprudencia no dependería de la legislación.

Una posición atenuada de esta visión es aquella que podría sostener que la inobservancia de la jurisprudencia no da lugar a una sanción por su mera inobservancia sino por la inobservancia del principio de igualdad[44], lo que concilia la independencia judicial con la vinculatoriedad jurisprudencial de forma que un juez puede apartarse de una línea jurisprudencial pero invocando argumentos que justifiquen el respeto al principio de igualdad[45], se hace notar que en este caso el fundamento del deber de seguir la jurisprudencia no se encuentra en la legislación sino en un derecho.

Seguramente un legalista reprochará que bajo dicho razonamiento la jurisprudencia no puede considerarse norma; ello, porque los jueces y el propio Tribunal Constitucional pueden apartarse de su propia jurisprudencia con nuevos argumentos y seguramente se le responderá por lo que no comparten dicha visión del derecho que si bien el juez está vinculado solo a la ley y la Constitución su interpretación está determinada por la jurisprudencia.

---

43 Como ejemplo en la C-586 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia se declaró inconstitucionalidad una norma no por contravenir la Constitución colombiana de manera directa sino por contrariar el precedente, así se sostuvo: "*La Corte procederá a declarar la inexequibilidad de los preceptos acusados, así como la disposición del último inciso de la primera norma y el texto completo de la segunda que integran la unidad normativa, toda vez que en la sentencia C-011 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se precisó que en caso de vacancia absoluta del cargo de Gobernador o Alcalde, siempre deberá convocarse a nuevas elecciones*".

44 La sentencia constitucional no sería una norma, por ello si un auto de vista o un juez contraviene una sentencia constitucional no puede plantearse el amparo constitucional para que se haga respetar la jurisprudencia; ello, porque el juez puede apartarse de la decisión pero claro está lo hará invocando el principio de igualdad de forma que justificará encontrarse frente a dos casos con supuestos fácticos distintos.

45 Sobre el principio de igualdad, la DC 002/01 de 8 de mayo de 2001, indicó que: "*…el derecho a la igualdad consagrado en el Art. 6 de la Constitución Política del Estado, exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan; no prohibiendo tal principio dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales; siempre que ello obedezca a una causa justificada, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho y la situación…*".

Ahora bien una posición intermedia podría reconocer en ciertos casos a los órganos judiciales superiores como órganos de poder político que participan en el ámbito de sus competencias en el gobierno en similares condiciones al legislativo y al ejecutivo y que suplen lagunas jurídicas a través de sentencias integradoras y sólo en dichos casos los jueces aplicarán directamente la jurisprudencia, en cambio en el resto de casos deben aplicar las normas interpretadas, por tanto, la cita de jurisprudencia que reitera lo establecido por el texto de la legislación resulta redundante y no puede considerarse fuente del derecho. Entonces la respuesta para esta posición será que a veces la jurisprudencia se constituye como fuente del derecho, es decir ante una laguna jurídica, pero cuando simplemente reitera lo que establece la ley no lo hace.

Por lo visto existen diferentes posiciones sobre si la jurisprudencia es o no fuente del derecho y entonces: ¿Cuál es la posición que deberíamos aceptar?

Creo que es posible establecer dos extremos respecto a si la jurisprudencia constituye o no una fuente del derecho en el razonamiento judicial: una que la acepta y otra que la rechaza, y en el intermedio un sinnúmero de alternativas que oscilan entre ambos extremos todas ellas en general capaces de explicar desde un "punto de vista externo"[46] lo que hacen los jueces.

Sin embargo, es mucho más difícil desde un "punto de vista interno" desentrañar los motivos que guían la decisión judicial pues depende de creencias, la educación, el temor, los valores y otros condicionantes eminentemente personales del juzgador, sin embargo dicho elemento sin duda hace al grado de seriedad con la que un juez aplica la jurisprudencia[47], aspecto que puede

46 H.L.A. Hart sostiene al respecto: "*A veces las diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es sólo una cuestión de grado. Un hombre con un cráneo reluciente es claramente calvo; otro que tiene una hirsuta melena, claramente no lo es; pero la cuestión de si es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica*" (HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. p.5).

47 Por ello en un trabajo para jueces D. López Medina sostuvo tras analizar la vinculatoriedad jurisprudencial sostuvo: "*Sin embargo, varios de Uds. Han ya manifestado en el trabajo del módulo anterior distintas ideas sobre este mismo punto. Para algunos de Uds. seguramente, la jurisprudencia es altamente vinculante; para otros es meramente indicativa o auxiliar*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003, p. 130).

depender de la antigüedad del precedente y su aceptación social[48], la contundencia de los argumentos que la sustentan[49], el rango jerárquico que emitió el precedente[50], la unanimidad de la

48 En el caso Regents of the University of Californi vs Bakke de la Suprema Corte de Estados Unidos el fallo no había alcanzado unanimidad de todos los jueces pero todas las universidades la aceptaron y posteriormente en el caso Grutter del año 2003 se sostuvo que cuando el fallo se incorporaba a prácticas sociales es vinculatorio incluso no alcance el voto mayoritario. Por su parte el juez A. Scalia en su opinión disidente en "South Carolina v Gathers" sostuvo: "…*el respeto acordado a decisiones anteriores se incrementa, antes que decrece, con su antigüedad…*" (SODERO Eduardo, *Sobre el cambio de los precedentes,* ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2004, p. 217-251) mientras que N. Sagüés sostiene al respecto: "*En 1821, dentro de los autos "Cohen vs. Virginia", la Corte Suprema de los Estados Unidos expuso una tesis seguida después de otros fallos. En particular, señaló que la interpretación contemporánea de la Constitución tiene gran influencia, y la práctica y la aceptación de ella por un periodo de años proporciona una respuesta irresistible a las objeciones y fija la interpretación. En "Missouri vs. Illinois" (1901), la Corte añadió que, especialmente en casos de duda, las decisiones judiciales solemnes, deliberadas, bien consideradas y confirmadas durante mucho tiempo, y el asentimiento silencioso del pueblo a una práctica ininterrumpida e invariable, deberían influir sobre la acción de los tribunales a favor de un principio así establecido, aun cuando las opiniones de los jueces resultaran diferentes... La interpretación aceptada de un precepto goza así de una presunción de legitimidad, exhumándose de tal modo el viejo adagio romano que dice: "La costumbre es la mejor intérprete de las leyes*"…" (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Interpretación judicial de la Constitución,* DEPALMA, Argentina, 1998, p. 96).

49 "*En otras palabras, lo que vincula a los operadores jurídicos no es sólo el fallo que declara la nulidad o la legitimidad de una ley, sino también la fundamentación –o sea, la interpretación- que conduce a dicho resultado, así como la fundamentación que sirve de soporte a las sentencias de amparo; y los vincula, no como la jurisprudencia de un Tribunal Supremo vincula a los jueces inferiores, sino más bien como lo hacen las normas del legislador. Si puede decirse así, las interpretaciones del Tribunal Constitucional no se presentan como argumentaciones externas sobre un objeto cierto, sino como argumentaciones que desde dentro conforman ese objeto*" (PRIETO SANCHIS, Luis, *Notas sobre la interpretación constitucional,* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 1991, p 175-198).

50 Respecto a que en Estados Unidos la jurisprudencia persuasiva es la que emana de todos los tribunales incluso de tribunales en igual jerarquía se tiene que: "*El juez del Décimo Circuito que se vale del voto de un juez del Segundo Circuito como guía en los casos de derecho societario, es como el tribunal de juicio que se apoya en el informe de un perito, o el de un aficionado a los automóviles que recurre a la opinión de un mecánico experto. El juez es persuadido no tanto por las razones del perito, sino por (su evaluación inexperta de) la pericia del perito, por lo cual la fuente es usada de un modo genuinamente autoritativo, aun cuando la autoridad es escogida por su sujeto –el juez- y no impuesta al sujeto por el sistema. Ahora podemos ver que el uso común de la fuente optativa no es aquel en el cual el juez resulta persuadido por la sustancia de lo que establece esa fuente, sino aquel en el cual está persuadido de que la fuente es más probablemente correcta que lo que él sería si tomara su propia decisión"* (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado*, Marcial Pons, España, 2013, p. 87) en este sentido es diferente apoyarse en una fuente del derecho porque el ordenamiento jurídico lo ordena así tenemos a la ley o la jurisprudencia que decidir usar otra fuente incluso no normativa por ser más convincente, por ejemplo cuando el juez utiliza para resolver un caso peritajes pero además cuando tiene varios peritajes y estos son contradictorios entonces se decidirá en base a cual le parece mejor perito sea por sus antecedentes académicos, prestigio. etc.

decisión[51], la cantidad de jueces que conocieron el caso que generó el precedente[52], la reputación de los integrantes del tribunal, la existencia de cambios en el ambiente político económico o social desde la decisión original[53], existencia de reiteración de casos, aspectos todos que muestran que la fuerza de vinculatoriedad en la mente del juez es gradual; es decir, que en los hechos ciertas decisiones son más vinculantes que otras[54].

Ante un conflicto de precedentes el mismo puede resolverse por el principio jerárquico de forma que la decisión del Tribunal Constitucional prevalecerá sobre la de un tribunal de apelación[55] o el criterio de especialidad, tal es así que la decisión de una sala penal que hace una interpretación de un tipo penal prevalecerá sobre una sentencia constitucional, etc.

Entonces, desde el "punto de vista externo" del derecho no solo existen niveles diferentes de teorías que explican la jurisprudencia como fuente del derecho y por tanto como obligatoria, sino que desde el "punto de vista interno" del derecho, los jueces individualmente pueden aceptar la jurisprudencia vinculante por diferentes motivaciones como el temor a la cárcel debido al delito de prevaricato, por convencimiento de la rectitud de la decisión, por interés, entre otros.

---

51 Un voto disidente quita autoridad a una decisión pues implica una invitación al cambio de doctrina y a la vez crea inseguridad en la predicción del fallo.

52 La decisión de tres jueces en la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional de Bolivia o de su pleno compuesto por siete magistrados parece ser más vinculante que la resolución emitida por una de sus salas compuesto por dos magistrados sea por el grado de debate y meditación que existe por la mayor pluralidad o por la forma de tomar la decisión.

53 La ingente cantidad de sentencias constitucionales hace que sea difícil no solo buscar jurisprudencia vinculante sino que en los hechos reduce la idea de jurisprudencia como fuente del derecho lo que agudizó cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional empezó a dictar resoluciones contradictorias y dispersas.

54 "*…habría que decir que hay dos roles jurídicos para quienes la obligación de coherencia interpretativa parece ser más clara: el juez, por un lado, y el profesor de derecho por el otro. El litigante, en cambio, por su forma de insertarse en el merco de servicios jurídicos esta casi que obligado a no ser coherente. De igual forma, ningún abogado es confrontado con sus memoriales anteriores. El juez, en cambio, debe responder de sus sentencias anteriores y el profesor, si escribe y publica, de sus tesis académicas*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, LEGIS, Colombia, 2002, p. 102).

55 "*Las interpretaciones de los órganos inferiores son provisionales, porque en su contra pueden interponerse recursos y la efectuada por la suprema autoridad es definitiva*" (PÉREZ CARRILLO, Agustín, *La interpretación constitucional,* en La Interpretación constitucional, UNAM, 1975, p. 81-94).

De ahí, que si ampliamos nuestro análisis a un abogado que invoca jurisprudencia constitucional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la consideración de los elementos referidos permite medir el grado en el que el abogado cree que el caso que se le invoca es vinculante en su decisión y por tanto merece la consideración de argumentos expresos que expliquen porque se aparta del precedente lo que no necesariamente coincidirá con la visión del juez que atiende su causa, ni del tribunal superior que posteriormente revisará la decisión de ese juez.

PARA REFLEXIONAR LO AVANZADO

Usted es juez de garantías y está conociendo una acción de libertad donde se impugna la decisión de vocales penales que rechazaron una solicitud de cesación a la detención preventiva.

El accionante en su solicitud de cesación a la detención preventiva invocó el art. 239 en lo referente a: "*Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga*" y alega que ya cumplió tres años de detención preventiva por el delito de "*atentado contra la seguridad de los transportes*" cuya pena es de uno a cuatro años por lo que corresponde su libertad.

Los vocales demandados rechazaron dicha solicitud alegando que el caso era similar al presentado en la SCP 41/2012 de 26 de marzo, la cual les era vinculante y les obligaba además a desvirtuar los riesgos procesales, en este caso creyeron que aún persistía el riesgo de obstaculización.

En la acción de libertad el accionante sostiene que una sentencia constitucional no puede contraponerse a una ley expresa como es el art. 239 del Código de Procedimiento Penal, y que corresponde aplicar la ley antes que la jurisprudencia.

Por su parte los fiscales que asistieron a la audiencia en su calidad de terceros amenazaron que de concederse la tutela iniciarían un proceso penal contra el juez de garantías, es decir contra usted por el delito de prevaricato si la decisión llegara a apartarse de la jurisprudencia vigente.

PREGUNTAS EMERGENTES DEL CASO PLANTEADO

¿El incumplimiento a una sentencia constitucional implica prevaricato?

¿Puede iniciarse proceso penal contra jueces de garantías por prevaricato antes de que su decisión sea revisada por el Tribunal Constitucional Plurinacional?

Cuando la jurisprudencia y la ley se contraponen ¿Cuál corresponde aplicar?

¿Qué fundamentación utilizaría para evitar un proceso de prevaricato que podría iniciar la parte perdedora?

Capítulo II

LA NOCIÓN DE VINCULATORIEDAD JURISPRUDENCIAL EN BOLIVIA

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Ante la pregunta ¿de dónde viene el Derecho?, la respuesta común será: de una fuente del Derecho.[56]

Ahora bien, respecto a si la jurisprudencia puede considerarse una fuente del Derecho, ello dependerá de la visión que cada uno tenga de lo que es Derecho, razón por lo que es considerado un tema controvertido[57].

En efecto, cuando un juez aplica en su decisión la ley y la jurisprudencia, en los hechos está reconociendo su autoridad; sin embargo, ello *per se*, no significa que el Juez reconozca en su razonamiento la misma autoridad de la jurisprudencia que de la ley. La jurisprudencia en general parece estar subordinada y ser subsidiaria a la ley en un mayor o menor grado.

Consideremos que el art. 203 de la Constitución Política del Estado, establece: "*Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento*

56 No ingresaré al concepto de fuente del derecho básteme a efectos del presente trabajo sostener: "*Que algo es una fuente de derecho y que el juez está obligado a aplicarlo es, por lo tanto, la misma cosa*" (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia,* Argentina, EUDEBA, 1994, p. 137).

57 La respuesta sin duda pasará por lo que consideramos como jurisprudencia así por ejemplo Rodolfo Pérez Vásquez sostuvo: "*...sea lo primero advertir que el concepto jurisprudencia no ha sido concebido siempre de la misma forma. En la plenitud del derecho romano antiguo se entendía como la "fuente del derecho" que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica*" (PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica,* en Justicia Juris, Universidad Autónoma del Caribe, 2007. p. 9-14) a partir de esa respuesta puede llegarse en este trabajo a conclusiones diferentes.

obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno", esta norma puede tener diversas interpretaciones a saber:

De dicho artículo puede entenderse que la jurisprudencia constitucional es vinculante porque la Constitución Política del Estado lo manda así, de lo contrario no lo sería, entonces para esta visión una Sentencia Constitucional no es vinculante a otros casos sino que es el texto de la Norma Suprema interpretada –de una cierta forma– la que debe aplicarse en otros casos con supuesto fácticos similares.

Una segunda forma de entender dicho artículo explicará la vinculatoriedad de las decisiones de la justicia por el efecto expansivo de los derechos, en especial el derecho que tienen todos los ciudadanos a recibir el mismo trato ante la Constitución Política del Estado y la ley –igualdad–, y la previsibilidad que todo ordenamiento jurídico debe otorgar –seguridad jurídica–, aspecto que sucedería incluso así no existiese el referido art. 203 de la Constitución Política del Estado boliviana.[58]

La primera lectura se realiza en una cultura legalista que entiende que lo vinculante es la ley y no la jurisprudencia, de forma que los jueces no están obligados a fundamentar sus resoluciones con sentencias sino con la Constitución y la ley,[59] es decir una sentencia no es obligatoria como una ley y por ello los jueces pueden apartarse libremente de la jurisprudencia o de una interpretación anterior[60], lo que niega a la jurisprudencia como fuente del Derecho.

Por su parte, en la segunda lectura del art. 203 de la Constitución Política del Estado, la idea de vinculatoriedad es la de los derechos y no la de las sentencias, en este sentido los derechos por su contenido moral son altamente controvertidos, de ahí que el juez no es libre para apartarse de sus entendimientos anteriores

58 Por ejemplo en Bolivia no existe norma jurídica alguna que establezca que la jurisprudencia en materia civil sea vinculante lo que provoca que los abogados y jueces civilistas se resistan a dar ese efecto a los precedentes; es decir, en esa materia la jurisprudencia es orientativa hasta que la ley civil no diga otra cosa.

59 Un juez y su competencia se determinan por el principio de legalidad en este sentido el art. 122 de la Constitución Política del Estado boliviana establece: "*Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*".

60 Preferir la jurisprudencia a la ley sería desconocer el principio de separación de poderes en este sentido un apartamiento de la jurisprudencia no puede provocar el procesamiento penal de un juez por el delito de prevaricato.

como en la visión anterior puede hacerlo incluso frente a una sentencia de un tribunal superior limitado argumentativamente por los principios de igualdad y de seguridad jurídica, posición que responde a una cultura donde el debate social y jurídico gira alrededor de los derechos.

Entonces cuando dos jueces se encuentran prestos a resolver dos causas en las cuales exista un mismo precedente jurisprudencial, uno puede hacerlo pensando que en realidad aplica la Constitución Política del Estado y el otro que aplica los derechos fundamentales, en los dos casos puede llegarse al mismo resultado pero impulsados por diversas motivaciones.

En este contexto, considero que de forma consciente o inconsciente la motivación de un juez al resolver un caso con jurisprudencia vinculante y por tanto la noción que tenga de la jurisprudencia como fuente del derecho o como mero efecto secundario de la norma escrita, responderá a la tradición jurídica a la que pertenezca y en la cual se desenvuelve aspecto que ya se trató en el Capítulo anterior pero que se contextualizará en lo atinente a Bolivia.

El presente Capítulo parte entonces de la idea de que así como quien estudia Política y luego Derecho, de forma que sus conocimientos jurídicos se acomodarán encima de los anteriores de naturaleza política, en Bolivia la introducción de la figura del precedente se lo hizo sobre una cultura legalista que se resiste a ver al precedente como una verdadera fuente del Derecho.[61]

II. ASPECTOS GENERALES DE LA VINCULATORIEDAD JURISPRUDENCIAL EN BOLIVIA

Ahora bien, para responder si en Bolivia la jurisprudencia se constituye en fuente del Derecho y en qué medida, corresponde hacer las siguientes consideraciones generales, que de manera muy básica haría un profesor de Derecho Constitucional en su clase:

61 En el razonamiento continental europeo a decir de Carlos Nino: "…*los jueces no se sienten tan obligados a formular una regla que explique las decisiones de los otros jueces junto con la propia, si su decisión pude fundarse con una razonable interpretación de los textos legales*" (NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho,* 2da edición, Argentina, ASTREA, 2003, p. 295).

Si bien el art. 203 de la Constitución Política del Estado boliviana, establece que la jurisprudencia es vinculante,[62] el legislador no precisó el tipo de diseño, ni los supuestos de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, lo que provocó que el Tribunal Constitucional pretorianamente adopte el sistema del preceden- te, de forma que basta una resolución –Sentencia Constitucional, Declaración Constitucional o Auto Constitucional–[63] para que el mismo en lo futuro deba ser seguido.

Dicha vinculatoriedad de los fallos del Tribunal Constitucional devendría de:

- El supuesto modelo de control de constitucionalidad concentrado[64], en el cual el Tribunal Constitucional: "…*vela por la supremacía de la Constitución ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales*…",[65] de forma que se constituye en el "…*guardián de la Constitución Política del Estado*…".[66]
- El principio de igualdad que obliga a otorgar un mismo trato a personas que se encuentren en una situación fáctica similar,

62 En este mismo sentido la abrogada Ley 1836 en su art. 4, sostenía que: *"Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional",* lo que concordaba con el art. 44.I de la misma norma que establecía que: "*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"* y la Ley 027 ó Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional 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*" desarrollado por el art. 15 del Código Procesal Constitucional que establece que: "*Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional*…" y que: "*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*".

63 Respecto a que todas las resoluciones del Tribunal Constitucional son vinculantes en la SC 982/2005-R sostuvo que: *"Es imperioso recordar al recurrente y a su abogado patrocinante, que por imperio del art. 44 de la LTC, antes glosado,* ***todas las decisiones del Tribunal Constitucional son vinculantes y obligatorias****, sin que sea admisible en Derecho que el actor base la presente demanda de amparo en la alegada "incongruencia" del AC 0079/2004-ECA, toda vez que el mismo contiene complementaciones de forma a la SC 0101/2004, precisamente con el objeto de determinar el trámite, la forma y la competencia respecto de las solicitudes de extinción de la acción penal, sin que ello implique una modificación sustancial de la referida Sentencia…".*

64 Cfr. Bolivia. Tribunal Constitucional. SC 58/2002 de 8 de julio.

65 Bolivia. Constitución Política del Estado. art. 196.I.

66 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. art. 4.III.

de forma que el precedente "…*obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos*…".[67]

- El principio de seguridad jurídica que permite predecir las consecuencias de los actos, al respecto el Tribunal Constitucional español, sostuvo que la seguridad jurídica supone: "…*la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho*…"[68], mientras que el art. 3.8 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley No. 027 de 6 de julio de 2010), entiende por seguridad jurídica: "…*la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que las personas conozcan sus derechos, garantías y obligaciones, y tengan certidumbre y previsibilidad de todos los actos de los órganos del Estado*".

A partir de lo referido y en general, el precedente se entiende como aquel contenido argumentativo en resoluciones fundamentadas –sentencias, declaraciones o autos constitucionales–[69] que en lo sucesivo se constituye en una norma individualizada que trasciende del caso individual o concreto y debe utilizarse en la resolución de otros casos con supuestos fácticos semejantes o similares. Entonces, se destacan dos elementos esenciales al precedente: la argumentación y los supuestos fácticos semejantes.

En efecto al interior de los "fundamentos jurídicos", es decir dentro de la argumentación de una resolución es posible diferenciar la *ratio decidendi* o razón de la decisión, que puede caracterizarse como los fundamentos "determinantes" que justifican la parte resolutiva o *decisum* de una resolución; de tal forma que, sin su presencia no podría ser entendida o no tendría sentido alguno, de la denominada *obiter dicta* o lo dicho al pasar, que son argumentos secundarios y que apoyan al principal que pueden incluso ser abstraídos del texto sin que la parte resolutiva deje de tener sentido.

67 LARA CHAGOYÁN, Roberto, *El principio de universalidad en el razonamiento jurídico*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, 2007, p. 221-247).

68 España. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional No. 36/1991 de 14 de febrero.

69 Cfr. Bolivia. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, art. 39.

Así el AC 0004/2005-ECA de 16 de febrero, sostuvo que: "…*corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la ratio decidendi de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignan los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutiva, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el obiter dictum, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la ratio decidendi…*".[70]

Por ejemplo, en la figura de la aclaración de voto es posible observar claramente la separación de *ratio decidendi* y *obiter dicta,* de forma que si en un caso hipotético en el cual la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional estén de acuerdo con el resultado –*decisum*–, pero uno cree que además debió establecerse otros argumentos que pone en su voto aclaratorio, los mismos no llegarán a constituirse como vinculantes sino como *obiter dicta*[71]*;* sin embargo, corresponde aclarar que si una resolución estuviese conformada por una suma de votos aclaratorios divergentes de todos los magistrados, en ese caso, no existiría una *ratio decidendi* vinculante a la decisión sino solamente "*res dubia*".

Pero además, el precedente también se determina por la similitud de los supuestos fácticos de un caso precedente al otro posterior, de forma que: "…*si el caso posterior no reviste supuestos de hecho idénticos o análogos, el juez tampoco tiene la obligación de aplicar el precedente judicial…*"[72], y para la determinación de los supuestos fácticos relevantes del caso debe atenderse al objeto procesal, por lo que no resultarían pertinentes por ejemplo, nombres de calles, personas, etc.[73]

70 En similar sentido los AACC 58/2002, 0036/2003-ECA.

71 Claro está que ese *obiter dicta* en el futuro puede volverse *ratio decidendi* si lo adopta pleno.

72 BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente en Colombia*, en Revista de Derecho del Estado, Externado, 2008, 81-94).

73 El Tribunal Constitucional peruano en el expediente 24-2003-AI/TC sostuvo que incluso el: "…*Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo…*".

Finalmente cuando el art. 203 de la Constitución Política del Estado, establece que: "…*las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio*…", puede diferenciarse el efecto obligatorio de decisión –*decisum*– que llega a adquirir la calidad de cosa juzgada –*res judicata*– y por tanto alcanza únicamente a las partes del proceso, del efecto vinculante del precedente que trasciende del caso concreto a otros casos con supuestos fácticos similares. Entonces la obligatoriedad de las sentencias para las partes procesales será desde su notificación[74] y la vinculatoriedad del fallo por el principio de seguridad jurídica desde su publicación,[75] por ello un caso puede ser vinculante a otro caso pero nunca obligatorio.

III. INDEFINICIÓN EN BOLIVIA DE LA NOCIÓN DE LA VINCULATORIEDAD

Algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano fueron influyentes social e institucionalmente, por ejemplo la jurisprudencia referida al corte se servicio médico por las cajas de salud a pacientes que requerían de tratamiento de hemodiálisis, ello debido a que había transcurrido el término establecido por el Código de Seguridad Social[76] para efectuar dicha atención, entendiéndose por el órgano de control de constitucionalidad que en dichas circunstancias el corte de servicio habría equivalido a una pena de muerte, de ahí que se ordenó la continuación con el referido tratamiento,[77] o la jurisprudencia que estableció un término de inmediatez de seis meses para que pueda interponerse la acción de amparo constitucional, plazo no referido en la normativa y que dio lugar a que posteriormente la Constitución Política del Estado lo acogiera[78]; otras decisiones en

74 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional art. 47.
75 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional art. 40.
76 El Código de Seguridad Social establece el término de 26 semanas ampliables a otras 26 semanas para que las cajas que hacen al seguro social atiendan a un mismo paciente por una misma enfermedad luego de lo cual los mismos deben pasar a centros especializados del Ministerio de Salud que en la práctica en el momento de interponerse las acción constitucionales no funcionaban.
77 En el mismo sentido sucedió en las SSCC 0433/2000, 0530/2000, 0411/00, 0687-2000, 1052/01, 0392/2002, 1294/2004.
78 El art. 129.II de la Constitución establece como reflejo de la referida jurisprudencia: "*La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial*".

cambio fueron sencillamente ignoradas, por ejemplo el Órgano Legislativo ignoró la orden de considerar en un plazo de cinco años, la situación irregular del Código Civil, el cual no tiene rango de ley sino de decreto-ley, figura inexistente en Bolivia.[79]

Sin embargo, en todos los casos el Tribunal Constitucional, es constante al pedir a los bolivianos sigan sus entendimientos jurisprudenciales,[80] como en el caso de los jueces ordinarios en la fundamentación de sus resoluciones, de los legisladores a momento de elaborar una ley, al Órgano Ejecutivo cuando ejecuta las leyes y por la fuerza normativa de la Constitución Política del Estado, incluso a los particulares en su vida diaria;[81] empero, en Bolivia no existe suficiente claridad respecto a la forma y la medida en la que los magistrados del órgano de control de constitucionalidad creen que la jurisprudencia les vincula, lo que en el fondo puede encerrar la pregunta: ¿Si los magistrados no creen que sus propias decisiones les vinculan porqué habrían de creerlo el resto de ciudadanos y autoridades?

A continuación, para dicho análisis haré referencia a la relación entre el cambio de jurisprudencia y los votos disidentes:

El derecho comparado y la doctrina casi son unánimes en la posibilidad de que el órgano de control de constitucionalidad

79 Por ejemplo, en la Sentencia Constitucional 0024/2004 de 16 marzo, se declaró en los hechos la inconstitucionalidad del Código Civil y se exhortó: "*…al Poder Legislativo para que en dicho plazo subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedará expulsada del ordenamiento jurídico nacional al vencimiento del término antes señalado, a ese efecto, notifíquese a dicho Poder del Estado*" pese a ser una norma muy importante dicha exhortación fue ignorada.

80 En la SC 00850/01-R ante el incumplimiento de la jurisprudencia por parte de jueces penales se determinó: "*…los jueces referidos* ***al no haber asumido la línea jurisprudencial adoptada por este Tribunal han creado una grave disfunción*** *en la aplicación de la Ley Procesal, provocando con su reiterado comportamiento el uso indebido del Hábeas Corpus hasta llegar a constituirse en la estrategia más utilizada por los encausados por narcotráfico para obtener su libertad, por causas no previstas de manera normal en la Ley Procesal, con las graves consecuencias que ello representa para la seguridad jurídica del país desvirtuando la noble finalidad que el orden constitucional otorga a la Garantías Constitucionales en todo Estado Democrático de Derecho…"*; razón por la cual, se ordenó la remisión de los antecedentes al Consejo de la Judicatura a efectos de que se determine la existencia de responsabilidades.

81 Por ejemplo la jurisprudencia contenida en las SSCC 0131/2010-R, 0355/2010-R, 0740/2010-R, 1408/2010-R, 1189/2010-R, 0616/2010-R, 1258/2010-R, 1183/2010-R y 2155/2010-R referidos a propietarios que incurrieron en vías de hechos frente a sus inquilinos cobrándoles en general los servicios básicos para lograr su desalojo.

puede efectuar cambios de jurisprudencia[82] cuando el precedente generó consecuencias jurídicas, políticas o sociales distintas a las previstas, se comprueba que el precedente quedó desfasado por los avances de la ciencia, la tecnología, las mutaciones tendenciales del derecho, la reforma de la Constitución, entre otros.

Dicho cambio de jurisprudencia debe realizarse con mucho tacto porque podría afectarse el *principio de la confianza legítima*[83] que protege al ciudadano de cambios repentinos de la jurisprudencia, pues como se dijo se afectaría el principio de igualdad ante la ley y el de seguridad jurídica, de forma que en dichos casos el Tribunal Constitucional no solo tiene la carga argumentativa del nuevo precedente que propone sino una carga adicional en sentido de demostrar la necesidad de suplantar el nuevo precedente respecto al anterior.[84]

Ahora bien, en aquellas situaciones en las cuales un magistrado no comparte la decisión de la mayoría presenta un voto disidente, entendiéndose que en caso de iniciarse un proceso penal contra los magistrados el mismo no alcanza a los magistrados disidentes, ello debido a que estos no firman la sentencia. En este sentido, la idea de que el voto disidente no hace parte de la sentencia ha provocado la idea de que la sentencia no le es vinculante al magistrado disidente, quien en lo sucesivo quedaría vinculado a su disidencia, de forma que en otros casos hará sus proyectos conforme a la misma aunque sea rechazado permanentemente por el pleno.

En un Tribunal Constitucional como el consignado en la Constitución del año 1994, compuesto por cinco magistrados

82 En Colombia la Corte Constitucional en la sentencia SU 47-99, estableció con claridad: "*…las eventuales equivocaciones del pasado, no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas, puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica*…".

83 Teoría utilizada principalmente en la doctrina alemana.

84 En el AC 0014/2003-ECA se sostuvo que: *"...cualquier Tribunal, como lo es el Constitucional, está sujeto a sus precedentes; pero un entendimiento jurisprudencial puede variar cuando conforme a derecho, existen razones y motivos debidamente fundamentados, a través de los cuales se considera la necesidad de modificar una línea jurisprudencial..."*. "*…siempre y cuando cite la jurisprudencia constitucional y a la vez indique los nuevos fundamentos que le hacen apartarse de dicha jurisprudencia; pues de lo contrario, se vulneraría los principios de igualdad y seguridad jurídica*…".

donde los cinco suscribían todas las sentencias no había mucho problema, con dicho régimen de disidencias un caso llegaba a un magistrado disidente el cual hacía un proyecto conforme a su disidencia, éste era rechazado por el pleno, luego se sorteaba nuevamente el caso para hacerse otro proyecto, aspecto que únicamente provocaba se demore la resolución y que el personal trabaje doblemente haciendo un proyecto que *ab initio* se conoce será rechazado,[85] pero cuando la Ley del Tribunal Constitucional en el marco de la Constitución Política del Estado de 2009, estableció que el órgano de control de constitucionalidad se componía de siete magistrados que hacían tres Salas compuesta por dos magistrados cada una[86] y un presidente dedicado en general a materia administrativa, se provocaron ciertas distorsiones seguramente no pensadas.

En efecto, la idea de que la jurisprudencia vinculante y por tanto el art. 203 de la Norma Suprema, no alcanzaba a los magistrados disidentes provocó que por ejemplo en materia de inamovilidad laboral la Sala Primera Especializada, entienda en la SCP 0076/2012 de 12 de abril, que los padres y madres progenitoras sean sancionados en proceso administrativo-disciplinario con la destitución,[87] debiendo ejecutarse la sanción inmediatamente,[88] mientras que la Sala Segunda en la SCP 0086/2012 de 16 de abril, entendió que la sanción debía prorrogarse hasta que su hijo cumpla un año de edad[89]; criterios que en lo posterior seguirían las

85 Véase por ejemplo la ingente cantidad de disidencias del magistrado Marco Antonio Baldivieso Ginés las cuales se repiten en su texto, piénsese entonces que en varios de esos casos fueron producto de un primer proyecto que consumió tiempo a sus funcionarios y que como era previsible tras ser rechazadas por el pleno del órgano de control de constitucionalidad pasaron a un segundo sorteo consumiendo el tiempo de los funcionarios de otro magistrado.

86 Bolivia. El art. 26.II de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional o Ley 027, establece que: "*para el conocimiento y resolución de asuntos en revisión, por delegación, el Tribunal Constitucional Plurinacional constituirá tres Salas, presididas cada una por una Presidenta o un Presidente. Cada sala estará compuesta por dos magistradas o magistrados*"

87 La Constitución en su art. 48.VI, establece: "*Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad*".

88 Se determinó "*El pago de subsidios por asignaciones familiares de prenatalidad a partir del quinto mes de gestación diciembre de 2010 al 30 de abril de 2011- y de lactancia hasta que el recién nacido cumpla un año de edad -8 de abril de 2012*" y al mismo tiempo: "*DENEGAR la tutela solicitada; en cuanto a la inamovilidad laboral*".

89 Contrariamente a lo dispuesto en la SCP 0076/2012 de 12 de abril estableció que: "…*la provisión de beneficios y derechos reconocidos por ley a favor de la menor.*

salas sin importarles la jurisprudencia de las otras salas, entonces las partes procesales tendrán un resultado diferente de acuerdo a la sala en la que se haya sorteado su caso.[90]

En Bolivia, se entiende que un magistrado es igual en autoridad a los otros magistrados, de ahí que una mayoría de magistrados no puedan imponer un criterio a la minoría de forma que si cinco magistrados creen que en un determinado tema se debe denegar la tutela y dos que se debe conceder se denegará salvo que el caso llegue a una sala donde justamente esos dos magistrados disidentes hacen parte de la misma sala.

Pese a ello, si bien son los propios magistrados los que solicitan y exigen el cumplimiento de la jurisprudencia, no la aplican, lo que paradójicamente genera el incumplimiento de sus precedentes.

En mi criterio el art. 203 de la Constitución, alcanza a los magistrados del Tribunal Constitucional, porque todo juez debe someterse al carácter vinculante de sus propias decisiones –jurisprudencia horizontal–,[91] y por ello es atribución de la Sala Plena la de "*unificar la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional cuando se constante la existencia de precedentes contradictorios, por avocación o mediante resolución de doctrina constitucional*",[92] lo que permite un mayor debate y reflexión en el análisis del caso concreto, es decir: "…*la jurisprudencia de una sala desarrolla un efecto vinculante relativo frente a la otra sala, pero ese efecto puede ser superado por el voto del pleno*…".[93]

Asimismo, en caso de ser pertinente, se instaure un debido proceso por la falta disciplinaria que se atribuye al accionante y ***si fuera a imponérsele una sanción de desvinculación, ésta se difiera al momento que su hija cumpla un aúo de edad****…*".

90 De resoluciones "aparentemente" contradictorias se tiene gran cantidad de ejemplos así la SCP 0031/2012 de 16 de marzo, la Sala Primera Especializado estableció que en la acción de libertad no se puede interpretar la legalidad ordinaria sino se cumple una carga argumentativa mínima mientras que la SCP 0077/2012 de 16 de abril, de la Sala Tercera estableció que en las acciones de libertad no es un requisito la carga argumentativa de la interpretación de legalidad luego en la SCP 0018/2012 de 16 de marzo, de la Sala Segunda se estableció que el petitorio poco claro en una demanda de amparo constitucional daba lugar al rechazo *in límine* de la acción procesal mientras que en la SCP 0136/2012 de 4 de mayo, de la Sala Primera Especializada se estableció que errores en el petitorio no dan lugar a conocer el fondo de la demanda de amparo constitucional.

91 Cfr. Bolivia. Tribunal Constitucional. SC 17/2005-R de 30 de enero.

92 Bolivia. Ley 027. art. 28.15.

93 HARTWIG, Matthias. *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales.* Disponible en: https://kipdf.com/la-vinculatoriedad-de-las-sentencias-constitucionales_5adaef957f8b9adb238b45fb.html Visitado: 26/06/2018.

Debiéndose asumir el carácter vinculante de la jurisprudencia, es decir, si a un magistrado por sorteo le corresponde efectuar un proyecto de sentencia constitucional por el efecto vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional debe efectuarlo conforme la línea jurisprudencial vigente, aunque exprese al mismo tiempo aclaración de voto expresando su disconformidad respecto al precedente existente.[94]

La idea de que en virtud de la independencia de los magistrados disidentes no les alcanza como vinculantes las decisiones del pleno del Tribunal Constitucional, muestra que en el fondo la idea de la vinculatoriedad de la jurisprudencia en realidad no es vinculante.

IV. EL JUEZ MÁS PODEROSO

Uno puede preguntarse ¿Cuál es más poderoso?, ¿El juez anglosajón poco vinculado a la ley y más vinculado a la jurisprudencia, o el juez germano-románico más vinculado al texto de la ley que a los precedentes?

Al respecto quisiera se considere lo siguiente:

Sobre la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo, por una parte se tiene a aquellos que sostienen que un cambio de jurisprudencia debe aplicarse a actos jurídicos y casos iniciados; es decir, que el cambio de jurisprudencia será retroactivo a los casos que se plantearon antes y aún no han sido resueltos, los cuales se resolverán conforme la jurisprudencia que determine el tribunal vigente a momento del fallo y no con la que regía al momento de realizarse los actos que dieron lugar a los procesos, pues entienden que la jurisprudencia no crea derecho sino que interpreta la ley, en otras palabras, que ante un cambio de precedente en el fondo

94 Por ejemplo en la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-122/99 el magistrado relator sostuvo que: "*El Magistrado Sustanciador en el asunto de la referencia, con el respeto acostumbrado, reitera la que ha sido su posición respecto de la competencia que le asiste a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad que ordena el artículo 215 de la Carta Política, sobre los decretos que declaren estados de excepción, posición que ha quedado consignada en sus respectivos salvamentos y aclaraciones de voto… No obstante lo anterior, respetuoso de la jurisprudencia vigente de esta Corporación, que establece "...que el control jurídico constitucional debe ser integral y no parcial o limitado a uno solo de los aspectos de la institución..." se procederá al efecto en relación con el Decreto No. 2330 de 1998*" es decir un magistrado que hizo un voto disidente de forma anterior entiende que la interpretación oficial de la Constitución efectuada por el pleno también le alcanza.

se sigue aplicando la misma ley, pero interpretada de distinta manera, por lo que no se afectaría la seguridad jurídica debido a que se supone que las partes procesales que conocían hasta ese momento que durante años se interpretaba la norma en sentido "A" también conocían que esa interpretación estaba equivocada y que justamente podría en su caso interpretarse en el sentido "B", lo que en definitiva es una ficción jurídica.

Por otra parte, están aquellos que niegan su retroactividad, sosteniendo que la jurisprudencia crea derecho y por tanto un cambio de jurisprudencia es equivalente al cambio de una ley, de ahí que sólo alcanza a los hechos posteriores a la publicación del nuevo entendimiento jurisprudencial.[95]

Sobre el tema, recordemos lo que sucedió en Bolivia con la instalación del Tribunal Constitucional liquidador del año 2010,[96] provocó el cambio de diferentes entendimientos jurisprudenciales con efectos retroactivos, así por ejemplo:

- El AC 0211/2010-CA de 10 de mayo, reinterpretó el art. 81 de la Ley del Tribunal Constitucional, que fijaba el término de 30 días, para interponer el recurso directo de nulidad y que hasta ese entonces en la jurisprudencia se computaba en días hábiles, entendiéndose que en realidad debía computarse de momento a momento; es decir, incluyendo feriados, fines de semana, etc.; de esta forma para la Comisión de Admisión que modificó la jurisprudencia era claro que los recurrentes no debieron confiar en la jurisprudencia existente en ese momento que establecía un cómputo más favorable pero en su criterio equivocado.[97]

95 En la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, el Tribunal Constitucional estableció que: "*…la eficacia prospectiva de la jurisprudencia o conocida como prospective overruling, referida al cambio de un precedente vinculante o la sustitución por otro que a partir de la introducción de un nuevo razonamiento adquiere carácter vinculante en casos posteriores; dicho de otro modo, el cambio o reemplazo del precedente vinculante, es aplicable en lo sucesivo y conforme a los criterios asumidos en el nuevo fallo. En ese sentido, la presente Sentencia Constitucional, a partir de su publicación tendrá carácter vinculante por mandato del art. 203 de la norma fundamental y del art. 8 de la LTCP, por cuanto resulta aplicable a todos los casos posteriores*" lamentablemente en lo posterior no se siguió dicho razonamiento.

96 Recodar que los magistrados del Tribunal Constitucional los cuales se hicieron en su momento muy prestigiosos fueron instigados con diferentes procesos penales en su contra lo que concluyó con su renuncia.

97 Esto se repitió entro otros AACC 0192/2010-CA, 0371/2010-CA, 0127/2010-CA-BIS, 0290/2010-CA, 0189/2010-CA, 0190/2010-CA, 0055/2010-CA, 0527/2010-CA, 0468/2010-CA y SSCC 0420/2010-CA.

- Otro entendimiento modificado fue aquel referido al cómputo de los seis meses para interponer amparo constitucional que se computaba desde que era notificado el auto que aceptaba o rechazaba una solicitud de aclaración, complementación y enmienda, entendiéndose por el Tribunal Liquidador que la lectura de la normativa efectuada en la jurisprudencia hasta ese momento estaba equivocada y que más bien una solicitud de aclaración, complementación y enmienda, solamente suspendía el término de los seis meses cuando era aceptada pero si la solicitud era rechazada no tenía esa aptitud.[98]

- En el mismo tema el Tribunal Constitucional entendía que el cómputo de los seis meses para interponer el amparo constitucional contra Autos Supremos debía efectuarse desde la notificación con el "cúmplase" en los distritos judiciales; sin embargo, a partir de la SC 0347/2010-R de 15 de junio, de manera retroactiva se entendió que el referido término debía computarse desde la notificación por cédula que efectúa el Tribunal Supremo de Justicia en la ciudad de Sucre.[99]

- También la SC 0099/2010-R de 10 de mayo, entendió que de una correcta aplicación de la normativa "el juez natural competente" que hasta ese momento se protegía por el amparo constitucional, en realidad debía tutelarse desde siempre por el Recurso Directo de Nulidad, de forma que sólo "el juez natural, independiente e imparcial", se tutelaban por la acción de amparo constitucional, lo que provocó el rechazo de manera retroactiva y automática de una ingente cantidad de causas.[100]

---

98 Al respecto tenemos las SSCC 1451/2010-R, 0646/2010-R, 1393/2010-R, 0849/2010-R y los autos constitucionales 0257/2010-RCA, 0285/2010-RCA, 0232/2010-RCA-BIS, 0144/2010-RCA.

99 Se sostuvo en la referida resolución: "…*según lo previsto en el art. 129.II de la CPE, como en la jurisprudencia constitucional, tratándose de impugnación de resoluciones judiciales el plazo corre desde la notificación con la misma, por cuanto en un proceso judicial, como se explicó anteriormente, las partes tienen el deber de actuar con lealtad y responsabilidad, primero porque al ser sujetos procesales están impelidos al seguimiento de la causa, y segundo, debido a que el órgano jurisdiccional representa al Estado Plurinacional, de de ahí por qué su actitud no debe ser pasiva, sino diligente, con la debida celeridad que es extensiva a los sujetos procesales inclusive*".

100 Entre otras las SSCC: 0159/2010-R, 0087/2010-R, 0444/2010-R, 0339/2010-R, 0407/2010-R, 0445/2010-R, 0891/2010-R, 1355/2010-R, 0702/2010-R, 0720/2010-R, 0629/2010-R, 0770/2010-R, 0814/2010-R, 0818/2010-R, 0835/2010-R, 0889/2010-R, 1021/2010-R, 0966/2010-R, 1163/2010-R, 1162/2010-R, 2239/2010-R, 2306/2010-R, 1823/2010-R, 1904/2010-R, 2187/2010-R, 2229/2010-R, 1590/2010-R, 2382/2010-R.

Pensemos lo que esos magistrados al archivar esa ingente cantidad de casos razonaron algo más o menos así: Entre la ley y una sentencia constitucional vinculante pero en su criterio ilegal debe acatarse por el juez la ley, pues ese es nuestro sistema de fuentes.

Mientras que el juez anglosajón tiene amplia libertad interpretativa de la ley siendo muy raro que se aparte de su propio precedente, esté bien o esté mal lo seguirá, mientras que el juez germano-románico entenderá que está obligado a cumplir la ley y que la jurisprudencia, es supletoria o subsidiaria siempre a falta de norma o ley, entonces cuando cree que existe una falta de interpretación de la norma corregirá el entendimiento.[101] El problema sin duda se encuentra en la textura abierta de las palabras que hacen que las normas puedan tener diversas interpretaciones y que provoca modificaciones constantes de la jurisprudencia, de ahí que el juez germano-románico en los hechos resulta ser un juez más poderoso que el anglosajón.[102]

En este sentido, en Bolivia la cultura jurídica sobre la cual se insertó el precedente niega a la jurisprudencia como parte del ordenamiento jurídico por ello no puede seguirse un proceso penal a un juez por el delito de prevaricato debido a que haya desobedecido la jurisprudencia,[103] ni profesor alguno en sus clases, ni abogado litigante en su momento reclamó los abruptos cambios de jurisprudencia porque entendieron que una sentencia constitucional no crea derecho sino declara los derechos establecidos por la ley, por tanto es declarativa como una sentencia de usucapión que no constituye propiedad sino que la reconoce por

101 "*Para mirar la teoría declaratoria, sería posible decir que el juez es obligado a respetar el derecho y no la declaración judicial de lo que es el derecho*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios,* Perú, Palestra, 2013, p. 28).

102 "*Subráyese que el Common Law, que ciertamente confiere mayor seguridad jurídica que el Civil Law, no relaciona la previsibilidad con el conocimiento de las leyes, pero sí con la previsibilidad de las decisiones del Poder Judicial. El abogado del Common Law tiene posibilidad de aconsejar al jurisdiccionado porque puede valerse de los precedentes, al contrario de aquel que actúa en el Civil Law que es obligado a advertir a su cliente que determinada ley puede –conforme el juez sorteado para analizar el caso- ser interpretada en su favor o no*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios,* Perú, Palestra, 2013, p. 141).

103 Ni siquiera cuando se haya utilizado en una decisión una norma declarada inconstitucional se desconocería la jurisprudencia ello porque en el fondo no se desobedece la decisión del Tribunal Constitucional sino que en realidad se aplica al caso una norma derogada o abrogada.

el transcurso del tiempo, entonces al dictarse la sentencia ya se constituyó.[104]

En este contexto, no es fácil considerar en Bolivia que el auto-precedente en el Tribunal Constitucional, no solo protege la seguridad jurídica y la igualdad sino que es una garantía contra la arbitrariedad, pues como es sabido un control al órgano constitucional sin jurisprudencia vinculante resulta muy difícil. Nuestro juez constitucional es ya un juez muy poderoso y sin el respeto a la vinculatoriedad de sus propias decisiones se aumenta su poder.

Si consideramos que se cambiará cada seis años a todos los magistrados del Tribunal Constitucional[105] y si al mismo tiempo aceptamos que cada magistrado tiene una óptica diferente respecto a la lectura que debe hacerse de la norma fundamental, se tiene entonces que estamos en el riesgo de que cada seis años se cambie la Constitución o mejor dicho la lectura de la Constitución, pero además cada magistrado se cree superior al anterior, situación que a largo plazo es una amenaza de inseguridad jurídica.

104 La cultura positivista en Bolivia puede notarse en la primacía de la interpretación literal y exegética prevista en la Constitución que establece en su art. 196.II que: "*En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto*".

105 La Constitución en su art. 183.I, establece: "*Las Magistradas y los Magistrados, no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Su periodo de mandato será de seis años*".

PARA REFLEXIONAR LO AVANZADO

La SC 101/2004 de 14 de septiembre, estableció que para declarar la extinción de la acción penal por máxima duración del proceso penal debe observarse la actuación diligente de la parte acusadora o juzgadora; sin embargo, el AC 0079/2004-ECA de 29 de septiembre, completando y aclarando la referida sentencia, estableció que una solicitud semejante debe demostrarse de manera adecuada y especificó aspectos que no estaban en la SCP 101/2004, es decir, que dejó claramente establecido que la extinción de la acción depende de la actividad dilatoria del imputado, en cuyo caso no se extingue y de la actuación diligente de la parte acusadora o juzgadora, además de referir diferentes aspectos del procedimiento.

Usted es juez de garantías y está conociendo una acción de amparo constitucional, emergente de un proceso penal, en el cual los vocales demandados rechazaron una solicitud de extinción de la acción por máxima duración del proceso por considerar que la demora era atribuible al imputado conforme precisó el referido auto constitucional.

El amparo constitucional sostiene lo siguiente:

- Un auto constitucional no puede ser vinculante.
- La SC 101/2004 no refirió a lo complementado en el AC 79/2004-ECA, entonces no puede ser vinculante porque es lo accesorio; es decir, que la resolución que resuelve la solicitud de complementación y enmienda no puede contener y resolver lo principal.
- Debe aplicarse el texto del Código de Procedimiento Penal que establece una regla de duración de los procesos penales de tres años y no así la SC 101/2004.

PREGUNTAS EMERGENTES DEL CASO PLANTEADO

¿Qué tipo de fuente del derecho es la jurisprudencia? ¿Está por encima de la ley?

¿Puede la jurisprudencia crear derecho o sólo lo descubre?

Si la ley y la jurisprudencia se contraponen ¿cuál debe prevalecer?

Un decreto o auto constitucional ¿puede ser vinculante?

¿La *ratio decidendi* de una sentencia puede encontrarse en un auto de complementación, enmienda o aclaración?

¿Cómo resolvería el caso?

Capítulo III

MÁXIMO ESTANDAR Y DIÁLOGO ENTRE JUECES

I. EL DEBATE MORAL YA NO EN LA LEY SINO EN LA JURISPRUDENCIA

La tesis de la discrecionalidad propia del positivismo defendió la facultad de los jueces de crear derecho en aquellas circunstancias en las cuales la norma permite diversas interpretaciones es decir que a decir de H. Kelsen la autoridad jurisdiccional como interprete "auténtico" puede elegir el sentido interpretativo que considere política o moralmente correcto es decir el positivismo admite un margen de apreciación moral pero dicho margen no solo corresponde a la ley sino que también alcanza a la jurisprudencia.

En efecto pongamos como ejemplo a la justicia constitucional, es decir si un Estado quiere dar coherencia a su ordenamiento jurídico debe tener una sola Constitución puesto que, no resultaría concebible con el principio de seguridad jurídica que una norma como la Constitución disponga algo y otra norma como la Ley disponga al mismo tiempo lo contrario, en cuyo caso debe prevalecer la primera; sin embargo, debe recordarse que la norma suprema puede tener diversas interpretaciones ello debido a su carácter principialista[106] de ahí que, para asegurar una interpretación uniforme de la Constitución se tenga hoy día el criterio mayoritario de que las decisiones de un Tribunal Constitucional creado para tutelar la supremacía constitucional, además de ser irrevisables deban ser al mismo tiempo vinculantes para el resto

106 Como ejemplo tenemos el derecho a la vida y la falta de certeza de si en las Constituciones alcanza también a los embriones o no lo hace.

de los jueces, de forma que todas las autoridades se encuentren obligadas a seguir dicha interpretación.

En este orden de ideas es posible sostener que el respeto al precedente del órgano de control de constitucionalidad permite a los ciudadanos predecir con mayor certidumbre las consecuencias de sus actos, así por ejemplo, si se otorga en alquiler una oficina y se genera una controversia entre las partes, se conoce de mejor manera los derechos y deberes emergentes de dicho acto jurídico si un caso similar ya fue resuelto por los tribunales, pues se presume que en este otro caso y de llegar la controversia a tribunales se resolverá de similar manera por existir un antecedente sobre la misma temática.

Como se dijo tantas veces ya en este libro el respeto a las decisiones judiciales anteriores está vinculado al principio de seguridad jurídica[107] y al principio de igualdad ante la ley, que impide que a dos casos con supuestos fácticos similares se les otorgue consecuencias jurídicas diferentes ya que, ante los ojos de un ciudadano común no sería coincidente con la idea de estado de derecho que ante una misma norma se resuelvan dos problemáticas de manera distinta.

De la idea de tener una sola Constitución emerge también la necesidad de tener un solo tribunal de cierre como último órgano de interpretación constitucional, para que se produzca una sola interpretación de la norma suprema, lo que a su vez da como resultado el fortalecimiento de la idea en el público litigante de que la Constitución solo tiene un tipo de interpretación verdadera o correcta.

Ahora bien, si se toma en cuenta que la interpretación de la jurisprudencia debe producirse en el marco del llamado "máximo estándar", que impele a acoger el entendimiento más favorable a las partes que integran el litigio constitucional, lo que a su vez implica reconocer que la Constitución establece valores a proteger y que las decisiones judiciales deben dirigirse a la realización de dichos valores, por lo tanto no pueden ser axiológicamente

107 Entendido en Bolivia por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional No. 287/99-R de 28 de octubre de 1999, como: "*…la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicio*".

indiferentes, ello obliga a los jueces a acoger la interpretación más "favorable" a la resolución del caso concreto.

Pese a lo referido debe considerarse que, la decisión considerada como "correcta" y lo que se considera como más "favorable" para la resolución de un caso, puede resultar controvertible, dado que para un Juez la decisión que considera como "correcta" puede entenderse para otro Juez como la decisión "incorrecta", aspecto que se denota por ejemplo en la propia existencia de votos disidentes en los Tribunales Constitucionales y en el hecho de que incluso una posición minoritaria a largo plazo puede convertirse en mayoritaria dentro de un mismo tribunal.

Entonces, si se admite que dichas divergencias morales no solo se producen ante jueces de una misma instancia –como podría ser dentro de un Tribunal Constitucional–, sino que también pueden producirse entre los jueces inferiores respecto a las decisiones de una alta Corte las cuales están obligados a seguir pero cuya redacción al igual que sucede con la Constitución también puede tener en sus conceptos "textura abierta"[108], es decir cierta ambigüedad[109] y vaguedad[110], ello puede usarse para efectuar una disimulada resistencia a la decisión del órgano de control de constitucionalidad, a través de la realización de una lectura de la decisión judicial sesgada o amplia decisión, la cual a su vez puede o no eventualmente volver al Tribunal Constitucional que obliga a que dicha instancia ratifique, amplíe, reduzca o modifique

108 Cuando H.L.A. Hart hace referencia a la textura abierta o porosidad implica: "…*el reconocimiento de que sus normas están repletas, no ya de lagunas, puesto que hablamos de casos a los que las normas ofrecen respuesta, sino de charcos… Dicho sin metáforas: el Derecho adolece de una profunda indeterminación*…" (Ramos Pascua, José Antonio. *Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H.L.A. Hart*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, España, 2011, p. 331-364).

109 Imaginemos el concepto de "bien mueble" en el Código Penal tiene un significado pero diferente del referido en el Código Civil así un foco será en penal un bien a efectos del delito de hurto pero un bien inmueble por destinación a efectos de la compra-venta.

110 Por ejemplo cuando el Tribunal Constitucional de Bolivia en la SC 1846/2004-R de 30 de noviembre manifestó que la regulación del pago de honorarios profesionales de abogados debía realizarse tomando en cuenta el principio de la "justicia" al respecto dicho principio tiene vaguedad pues el marco teórico que respalda el concepto de lo que entendemos como "justo" resulta francamente controvertido.

la jurisprudencia en un momento posterior en el cual incluso sus componentes podrían ser distintos[111].

Por tanto se reitera, el derecho aspira a prever con claridad las consecuencias de nuestros actos, pese a ello al adecuar la norma o el entendimiento genérico al caso concreto siempre hay algo indeterminado en la decisión judicial, el cual puede suplirse en ciertos casos con el criterio que tenga el Juez sobre lo que considera "correcto" o "justo"[112], pero que puede diferir de lo que su superior considera como "correcto" o "justo", entonces considero que pese a la verticalidad en el diseño de un Órgano Judicial en países como el boliviano, se produce un acto de resistencia del Juez frente a sus superiores a tiempo de interpretar la decisión superior o buscando resquicios para no aplicarla, porque en su criterio el "máximo estándar" aplicable al caso es diferente al concebido por el tribunal superior, aspecto que provoca a diario un desapercibido diálogo técnico y moral entre autoridades judiciales.

En este contexto, el presente capítulo pretende explorar la idea de que la facultad discrecional no solo alcanza a la interpretación de la ley sino a la interpretación de la jurisprudencia pero además que en democracia la búsqueda honesta de una respuesta adecuada en la jurisprudencia no es ciega sino que se orienta por criterios morales que nos esfuerza por encontrar la "mejor" respuesta.

II. LO VINCULANTE Y LO NO VINCULANTE A PARTIR DE LA DIFERENCIA ENTRE *RATIO DECIDENDI* Y *OBITER DICTA*

En la fundamentación de toda Sentencia Constitucional pueden identificarse la *ratio decidendi* o razón de la decisión que es vinculante de la *obiter dicta* o lo dicho al pasar que no lo es.

En este sentido, la diferencia resulta muy compleja toda vez que: "*…las definiciones hasta ahora dadas de ambos conceptos padecen, sin embargo, de alguna circularidad ya que parecen implicar*

111 Ello nos lleva a pensar que por una parte el derecho incluso interpretado por un solo tribunal se encuentra en permanente transformación pensemos, por ejemplo cuando un tribunal con jurisprudencia antiquísima debe de pronto actualizar la norma a la realidad.

112 Para Dworkin la justicia es un elemento que hace al concepto de derecho y que orienta la interpretación.

que es ratio todo aquello que no es dicta y viceversa"[113], por lo que considero que tal distinción de carácter teórico permite también apartarse de la jurisprudencia en la medida en la que es aceptado que no es el juez que hizo una sentencia el que debe interpretarla, sino que es el siguiente juez que debe utilizar la jurisprudencia en un caso concreto quien tiene la competencia para determinar la parte vinculante y no vinculante del precedente[114].

Al respecto un criterio relevante de diferenciación refiere a que, la *ratio decidendi* se compone de los argumentos determinantes de una Sentencia mientras que la *obiter dicta* se entiende como razonamientos y motivaciones persuasivas que coadyuvan a fundamentar el caso concreto, pero que no trascienden a otros casos, así las aclaraciones de voto cuyo interés es básicamente académico o doctrinal y que si bien pueden orientar futuras decisiones no tienen carácter vinculante.

En esta línea de pensamiento "*Para Wambaugh, ratio decidendi es una regla general en cuya ausencia el caso sería decidido de otra forma*"[115], es decir, mientras que la *ratio decidendi* es *necesaria* para resolver una problemática judicial, la *obiter dicta* sería un argumento *accidental* así el llamado *test de Wambaugh* o *test inverso* establecía que debía primero identificarse la supuesta *ratio decidendi* luego introducir un inverso, es decir una proposición que invierta el significado de la frase que creemos como razón de la decisión, y si el tribunal hubiese de todas formas tomado la decisión, entonces lo que encontramos es una *obiter dicta*[116].

---

113 *LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Bogotá-Colombia, Editorial Legis, 2006, p. 112.*

114 Al respecto la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia Constitucional SU 37/99 sostuvo: "*…en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores*" mientras que en la doctrina se sostiene comúnmente que: "*…cabe recordar que corresponde a los jueces ordinarios la definición, con base en las circunstancias de cada caso, del concreto alcance de los dos efectos de sentencias de la Sala Constitucional*" (ARGUEDAS RAMÍREZ, Carlos, *La interpretación constitucional y la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2003, Chile, p. 501-536).

115 Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obligatorios,* Lima-Perú, Palestra Editores, 2013, p. 260.

116 Para Rubén Hernández Valle M. se tiene que: "*También es pacíficamente aceptado que la vinculatoriedad se extiende a las tragende Grunde (ratio decidendi), que se configuran como "aquella parte de la fundamentación de la decisión de la que no puede*

Sin embargo, existen casos en los cuales se utilizan diferentes argumentos los cuales tienen la misma idoneidad para resolver una problemática jurídica. Por ejemplo un juez al rechazar una demanda de amparo constitucional con mayor contundencia puede alegar que ésta fue interpuesta sin haberse agotado las instancias ordinarias (subsidiariedad), y al mismo tiempo que se planteó fuera del término de seis meses de conocido el acto (inmediatez), argumentos que de manera independiente justifican la decisión, pero que a la vez imposibilita bajo este criterio identificar una *ratio decidendi* si se la entiende como un argumento necesario[117], pues en ese caso hipotético ambos supuestos podrían justificar la decisión, de ahí que, un Juez posterior podría entonces sostener que lo referido a la inmediatez no es vinculante y otro Juez en su caso contrariamente a dicho criterio podría sostener que más bien lo referido a la subsidiariedad.

Por su parte Goodhart sostuvo que, lo que determina la parte resolutiva de una Sentencia no es la argumentación –que más bien se dirige al convencimiento de las partes y a mostrar la rectitud de la decisión–, sino los hechos, en ese sentido debe buscarse en una decisión judicial qué hechos fueron considerados por el Juez como relevantes, lo que permite evitar las razones muy amplias o incongruencias de la Sentencia[118].

En efecto ciertos supuestos fácticos similares son resueltos con argumentos diferentes, así una mujer embarazada puede obtener tutela de amparo constitucional alegando inamovilidad laboral por dicho estado, con una argumentación determinada por parte del órgano de control de constitucionalidad, y otra mujer en la misma circunstancia también puede obtener la misma tutela, pero por la protección que merece el *nasciturus,* es decir con una argumentación totalmente diferente, en cuyo caso lo vinculante no se encuentra en la argumentación sino en los hechos que hacen a los casos, sin embargo, los óbices de esta posición están en

prescindirse en la deducción del Tribunal sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie" (Maunz)…" (HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, p. 45-60).

117 Cfr. Bolivia. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 1331/2010-R de 20 de septiembre.

118 Se solía sostener que la *obiter dicta* referiría a reflexiones que no tienen relación directa con los hechos que dan lugar a la decisión.

que fácticamente no hay dos casos iguales pero además en que la relevancia de los hechos elegidos y su acreditación puede ser discrecional y finamente que existen casos resueltos sin prueba o mediante meras presunciones.

Otra postura a considerar es la siguiente: "…*Rupert Cross define la ratio decidendi como paso necesario para alcanzar la conclusión. Simpson, por su parte, propuso la substitución de la idea de necesario por la de suficiente. El verdadero problema, sin duda, está en el significado que se pretende atribuir a los vocablos "necesario" y "suficiente". Si el paso es necesario, él es imprescindible, obligatorio. Suficiente, en tanto, es lo que basta. Ahora, hay diferencia entre camino obligatorio y camino suficiente. Si el camino es obligatorio, no hay cómo llegar a donde se quiere sin pasar por él. Sin embargo, si el camino es suficiente, se llega al lugar que se pretende pasando por él, que es apto para conducir al lugar deseado. Suficiente o apto o idóneo no se confunde con necesario u obligatorio*"[119], entendiéndose por tanto que la *obiter dicta* serían las razones con fuerza persuasiva, lo que ciertamente no explica los casos en los cuales se invocan varios argumentos, que considerados de forma independiente no son capaces de explicar por si solos una decisión pero que en su conjunto la justifican.

Por ejemplo, en alguna clase pregunté a un alumno porqué estudiaba Derecho y este expuso dos argumentos: **1)** Para coadyuvar a que la justicia triunfe; y, **2)** Incrementar sus recursos económicos. Entonces pregunté al curso cual era en su criterio la *ratio decidendi* y en general se respondió que la primera, pues si hubiese sido el segundo argumento no se entendería porque estudiaba abogacía en lugar de dedicarse al negocio. Sin embargo, uno de mis alumnos mostró su oposición al curso, alegando que no se podría tener certeza de que habría estudiado derecho sino hubiese ganado en absoluto nada de dinero. La *obiter dicta* facilita la interpretación de una Sentencia ya que da a conocer el contexto de la razón de la decisión[120], empero en casos como el

119 MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios,* Lima-Perú, Palestra Editores, 2013, p. 277.

120 En una aclaración de voto es posible observar más claramente la separación de la *ratio decidendi* con el *decisum,* así si en un caso hipotético en el cual todos los magistrados estén de acuerdo con el resultado –*decisum*– pero no con la fundamentación de forma que emitan votos aclaratorios en ese caso no existiría en ese fallo una *ratio decidendi* vinculante sino pura "*res dubia*".

narrado la tesis de Rupert Cross no genera certeza sobre el grado de incidencia en la decisión[121].

Como se podrá comprender, la adopción de cada uno de los métodos o concepciones referidos anteriormente a un solo caso concreto provocará que, arribemos a resultados diferentes respecto a lo que consideramos *ratio decidendi* de forma que, un Juez puede llegar a un resultado totalmente diferente al de sus colegas respecto a la parte que considera como vinculante en una decisión judicial, pero además como se vio en el capítulo anterior puede identificarse a la *ratio decidendi* a veces como reglas que establecen el significado normativo de normas generales o abstractas y otras veces en cambio identificarse con la interpretación de la Constitución, únicamente para los supuestos fácticos de un caso concreto.

En su momento R. Dworkin mostró una imagen de un Juez que escribe el último capítulo de una novela, pero que no puede cambiar, ni ignorar los capítulos anteriores, sin embargo, este último Juez tiene la competencia para interpretar los mismos y dicha interpretación puede modular lo que sostiene el relato[122], en este sentido al ser los jueces posteriores los que, para aplicar una tesis jurisprudencial deben identificar la *ratio decidendi* son por tanto al mismo tiempo quienes establecen los criterios diferenciadores con la *obiter dicta,* de ahí que so pretexto de dicha diferenciación los siguientes tribunales o un mismo tribunal pueda modificar la

121 En general el concepto de *obiter dicta* es amplio y confuso, a saber para: "…*Neil Duxbury, los pasajes que son obiter dicta se presentan de diversas formas, como las que no son necesarias al resultado, las que no son conectadas con los hechos del caso o las que son dirigidas a un punto que ninguna de las partes buscó argumentar. Por otro lado, dice Robert Summers, en el trabajo dirigido a explicar el funcionamiento de los precedentes en su país, que al especie de dicta más común en los Estados Unidos consiste en declaraciones del Tribunal sobre cuestiones que ella no está realmente decidiendo o fue llamada a decidir*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios,* Lima-Perú, Palestra Editores, 2013, p. 273).

122 "Imaginemos un grupo de novelistas que ha sido llamado a realizar un proyecto y que éstos se sortean el orden en el que van a intervenir. Quien saque el número menor escribe el primer capítulo de una novela, cuyo autor en seguida enviará al siguiente para que éste escriba un segundo capítulo en el entendimiento de que estará agregando un capítulo a esa novela y no empezando una nueva y así sucesivamente. Así las cosas, todos los novelistas excepto el primero tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de los autores debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así, establecer en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada…" (DWORKIN, Ronald, *Cómo el derecho se parece a la literatura*, en: César Rodríguez *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*. Colombia, Universidad de Los Andes, 1999, p. 165).

jurisprudencia[123] sin que se note de sobremanera que existe un cambio oficial de su postura. Nada impide que un tribunal pueda apartarse de la jurisprudencia diciendo que lo afirmado por un tribunal en un anterior caso era *obiter dicta*[124]. Para dicho Juez el disimulado cambio jurisprudencial no afectará la seguridad jurídica.

Generalmente las Constituciones reconocen el efecto vinculante de las Sentencias del máximo órgano de control de constitucionalidad[125] pero al mismo tiempo reconocen a los jueces y tribunales ordinarios independencia frente al máximo órgano de control de constitucionalidad, facultándoles en el ámbito de sus competencias la interpretación de las Sentencias constitucionales de forma que, están habilitados para determinar si un precedente constitucional es o no aplicable a un caso concreto y la medida de su aplicación, esto a su vez –en los hechos– les permite controlar el alcance de las decisiones de altas Cortes como también interactuar con las mismas.

Si uno de los mayores desacuerdos en el ejercicio de la judicatura está en determinar, cuando estamos ante un precedente que "debe" utilizarse y cuando ante un precedente que "puede" utilizarse[126], ello se da en gran medida porque la diferencia entre lo que consideramos vinculante y no vinculante en la decisión judicial, no está en lo cualitativo sino en lo cuantitativo, es decir gradual. Piénsese que una decisión judicial compuesta de votos individuales puede dar lugar a mayor incertidumbre respecto a lo que se considera como vinculante que una Sentencia hecha por un solo Magistrado ponente o relator y respaldada por otros magistrados, pero además como se sostuvo antes, incluso de manera intencional la propia redacción de la decisión por parte de los

123 Una manera infiel de cambiar la jurisprudencia es cuando jueces posteriores o el mismo Juez en casos posteriores hacen precisiones respecto al alcance de lo que se debe entender como vinculante.

124 Lo que en términos de G. Zagrebelsky podría denominarse como: "*continuidad jurisprudencial críticamente evaluada*" (ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución en López Pina*, Antonio (ed.), "División de Poderes e Interpretación", Tecnos, Madrid, 1987, p. 175).

125 En Bolivia el art. 203 de la Constitución establece: "*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*".

126 Por ello mismo alguna vez R. Guastini manifestó que entre lo que entendemos como *ratio decidendi* y lo que entendemos como *obiter dicta* hay línea divisoria como una línea trazada en el agua.

Magistrados puede hacerse para que los siguientes jueces tomen la decisión como una regla o una pauta en futuros casos.

Entonces si la diferencia entre ambos conceptos puede ser creada por el intérprete, nada impide que cuando un Juez ordinario se encuentre en desacuerdo con lo sostenido por el órgano de control de constitucionalidad utilice la diferenciación entre *ratio decidendi* y la *obiter dicta*[127] o busque supuestos disanálogos o alegue el cambio de contexto social para apartarse o reducir el efecto vinculante de una Sentencia Constitucional que le incomode lo que puede o no verse como un acto de rebeldía frente a una alta Corte, pero que en realidad muestra una construcción del derecho colectiva donde la decisión constitucional es otro elemento a considerarse en el debate democrático[128].

La pluralidad de criterios divergentes sobre lo que es correcto, bueno o justo, caracteriza el debate constitucional contemporáneo, provocando que al interior de la sociedad se alcancen acuerdos y desacuerdos permanentes sobre los contenidos constitucionales; en este sentido, los acuerdos mantienen vigente una interpretación constitucional a lo largo del tiempo mientras que los desacuerdos derivan en pugnas que buscan mantener o modificar una interpretación constitucional vigente. Ahora bien,

---

127 Como todo el mundo sabe una Sentencia Constitucional es vinculante para todos pero es el siguiente Juez quien tiene la competencia para definir lo que es *ratio decidendi* de anterior decisión en este sentido: "*Un autor norteamericano cita el siguiente ejemplo: El padre de A la induce a que no se case con B, a quien A ha dado palabra de casamiento. El juez decide que el padre no es responsable frente a B por su actitud. Esta decisión puede fundarse en una serie de proposiciones de amplitud creciente. He aquí unas pocas de ellas: 1) El padre tiene derecho a inducir a sus hijas a violar promesas de matrimonio. 2) Los padres (es decir el padre y la madre) tienen ese derecho. 3) Los padres (es decir el padre y la madre) tienen tal derecho tanto respecto de las hijas como de los hijos. 4) Todas las personas tienen derecho a inducir a las demás a violar promesas de matrimonio. 5) Los padres tienen tal derecho respecto de cualquier promesa hecha por sus hijos. 6) Todas las personas tienen tal derecho respecto de cualquier promesa hecha por cualquier persona. Aun cuando muchas de estas interpretaciones posibles están más allá de lo que, pensamos, un juez podría sostener, no puede negarse que el juez tiene considerable libertad para interpretar la ratio decidendi de tal manera que un precedente invocado no constituya necesariamente un obstáculo a la decisión que, por otros motivos, él desea dictar*" (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Argentina, Editorial EUDEBA, 2005, p. 118).

128 Como recuerda R. Cross: "…*Lord Asquith (Lord of Appeal in Ordinary) cuando éste le preguntó su opinión en relación con la distinción entre ratio decidendi y obiter dictum. A dicha pregunta aquel contestó: "La regla es bastante simple, si está de acuerdo con lo que el otro sostiene, entonces afirmará que es parte de la ratio, y si no está de acuerdo con él dirá que es un mero obiter dictum, dando a entender que el juez anterior era un idiota congénito"*…" (CROSS, Rupert y HARRIS, J. W., *El precedente en el Derecho Inglés*, España, Editorial Marcial Pons, 2012, p. 73).

corresponde hacer notar que las autoridades judiciales no se encuentran al margen de dicho debate y que en los hechos los jueces también pugnan por que se dé un determinado contenido a la Constitución[129], en este marco a veces las discrepancias se presentan directamente como guerras entre cortes o choque de trenes, pero a veces puede suceder que una alta corte determina el contenido de una norma constitucional e identifica en su criterio un "máximo estándar" para la resolución de un caso concreto, decisión que puede leerse de manera sesgada por los jueces de instancia cuando estos tienen una postura adversa al contenido de la decisión constitucional. La divergencia interpretativa contenida en la jurisprudencia es expresión de la pluralidad moral en la sociedad y por ello resulta difícil su sistematización[130].

Pero además debe considerarse en este marco que el derecho se modifica de manera permanente, por una parte, porque la realidad se modifica constantemente, pero también puede producirse porque los criterios de un Juez de un Tribunal Constitucional frente a una determinada problemática tampoco son estáticos, puesto que también evolucionan en su punto de vista respecto a una determinada temática, de ahí que cierta interpretación incluso de un mismo Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo pueda cambiarse expresamente o puede intentar esconder dicho cambio a través de la interpretación de la decisión anterior determinado que lo considerado otrora *ratio decidendi* es en realidad *obiter dicta,* de esa forma no reconocerá que cometió un error aunque generará desconcierto respecto al entendimiento que debe seguir- se por un tribunal y por tanto decisiones contradictorias, técnica que paradójicamente también se usa por los jueces de instancia respecto a las Sentencias constitucionales del máximo órgano de control de constitucionalidad.

129 Piénsese en un juez cristiano que por su religión se opone al aborto.

130 Pensemos que la GTZ presentó en Bolivia dos consultorías sobre la: "*Sistematización de la jurisprudencia constitucional y precedentes obligatorios en derecho procesal penal*" y analizando la misma sentencia constitucional No. 1036/2002-R en el Tomo I cuyo consultor fue José Antonio Rivera Santivañez se determinó que el proceso iniciaba con la notificación de la imputación formal al imputado (p. 22) en cambio el tomo II elaborado por Lucio Calda Martínez y José Manuel Gutiérrez sostuvo que comenzaba con los actos iniciales es decir con la denuncia, la querella y la intervención policial preventiva (p. 779) lo que muestra cómo en una misma consultoría pueden presentarse dos interpretaciones diferentes de la misma sentencia constitucional.

Entonces se reitera, la competencia entre entendimientos y razonamientos se produce porque los valores no tienen una definición terminante sino que la misma es objeto de controversia social por lo que, un Juez con formación cristiana no resolverá de la misma manera que un Juez ateo, entonces el primero leerá sesgadamente la decisión del otro e intentará modificarla, es decir que si el Juez ordinario considera injusta la decisión del órgano contralor de constitucionalidad, intentará ir más allá de la misma en la que la entienda como un estándar mínimo y no como uno máximo, lo que produce un diálogo jurisprudencial entre el Juez constitucional y el Juez ordinario que permite el avance del derecho pero respetando cierto grado de certeza.

En efecto ante el conflicto entre dos valores constitucionales como son la libertad de expresión y el derecho al honor, un Juez constitucional puede considerar que la decisión de un Juez ordinario está equivocada y a título de buscar el mejor estándar en la protección de los derechos, revocará la decisión que revisa, luego el Juez ordinario creyendo equivocada la decisión del Juez constitucional le dará una lectura sesgada intentando reorientar el entendimiento, pese a ello si los términos de la misma y supuestos fácticos son similares tendrá que seguir el entendimiento o de lo contrario justificar argumentativamente, porque no lo hace, aspecto que le da a la evolución del derecho cierto grado de certeza y al mismo tiempo guiará el rumbo del debate entre las Cortes constitucionales y las Cortes de la jurisdicción ordinaria.

Lo referido permite que el pluralismo y el cambio en el derecho se expliquen al mismo tiempo a través de la jurisprudencia.

III. LA HERRAMIENTA DEL "MÁXIMO ESTÁNDAR" MUESTRA AL DERECHO COMO RESULTADO DE UNA CONSTRUCCIÓN

La experiencia nos muestra que pueden existir circunstancias en las que pese a existir jurisprudencia, quede de todas maneras un mayor o un menor ámbito de discrecionalidad, que permita a los Jueces de instancia decidir casos al margen de la jurisprudencia existente.

Por una parte, puede ocurrir que existan Sentencias de altas Cortes que resuelvan controversias sin mayor argumentación y

sin relación a los hechos considerados, como determinantes que hacen a la causa o que sencillamente se invocan argumentos contradictorios en cuyo caso claramente se observa que el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo incumplen su función de dar seguridad jurídica a través de una interpretación uniforme de la normativa vigente[131].

Por ejemplo en la SCP 0143/2012 de 14 de mayo, correspondiente a una demanda de amparo constitucional, donde el accionante alegaba haber sido dado de baja de una institución policial con una resolución que en su criterio no poseía la debida fundamentación y sin haberse valorado pruebas que presentó, consistente en dos certificaciones del Órgano Electoral referidas a su estado civil. El órgano de control de constitucionalidad le concedió la tutela con la siguiente argumentación: "*De la simple lectura de las resoluciones objetadas, a las cuáles se les está atribu- yendo la característica de atentar contra el debido proceso, se aprecia que las mismas no guardan una adecuada relación respecto de los hechos y lo decidido, con lo que se evidencia que no se ha respetado el contenido esencial del derecho que se invoca como vulnerado, pues no ha existido una suficiente fundamentación jurídica, con lo que no se habría cumplido con la exigencia constitucional de motivar las resoluciones administrativas sancionatorias*" lo que hace muy difícil identificar la parte considerada como vinculante de tal forma que en estos casos puede considerarse que no existe jurisprudencia vinculante[132].

Por otra parte, puede darse la situación de que exista jurisprudencia contradictoria, en cuyo caso puede considerarse que tampoco hay jurisprudencia vinculante, motivo por el cual el Juez

131 En las acciones tutelares se dificulta identificar la *ratio decidendi* cuando no se precisó en la misma de manera suficiente los supuestos fácticos o el problema a tratar y en las Sentencias de control normativas cuando no se precisa la interpretación a tratar de la ley o norma impugnada.

132 Pero además la falta de diferenciación entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* se vio significativamente amplificado si se considera la extensión y redacción de algunas Sentencias Constitucionales por ejemplo la SC 0112/2012 de 27 de abril, la cual refiere a la suspensión ilegal de varias audiencias de cesación a la detención preventiva que generó dilación en la determinación de la situación jurídica del accionante por lo que se procedió a otorgar la tutela solicitada por pronto despacho sin embargo en sus 39 hojas se desarrolló gran cantidad de consideraciones teóricas respecto al derecho indígena, la prevalencia de principios sobre reglas, entre otros restando claridad respecto a lo que constituye *ratio decidendi* y lo que constituye *obiter dicta*.

aplica la decisión con la que esté de acuerdo, es decir en estos casos hay discrecionalidad respecto a la elección de una decisión aplicable.

En Bolivia, la existencia de Sentencias Constitucionales contradictorias puede darse cuando, de manera consciente el órgano de control de constitucionalidad decidió cambiar gradualmente una línea jurisprudencial o cuando sin percatarse son emitidas, ello debido a la ingente cantidad de resoluciones emitidas, y a otros factores: como la falta de sistematización de la jurisprudencia, la existencia de tres salas para conocer acciones de tutela, carencia de mecanismos de coordinación, uso excesivo de reglas y sub-reglas, la extensión de las Sentencias, el abuso de *obiter dicta,* el uso de términos indeterminados[133] y la utilización de argumentos con- tradictorios[134], aspectos que descuidan dejar en claro los hechos que se resuelven.

En este tipo de casos lo primero que corresponderá a todo órgano jurisdiccional seguramente será evidenciar la existencia de tesis jurisprudenciales contradictorias[135], pese a ello corresponde aclarar que un Juez ordinario, puede –conscientemente– construir

133 Términos en extremo ambiguos que las decisiones constitucionales no aclaran de forma alguna como: "control plural de constitucionalidad" (SCP 0037/2013 de 4 de enero), tutela reforzada (SCP 0103/2012 de 23 de abril), entre otros.

134 En este sentido el Tribunal Constitucional en transición para liquidar las causas pendientes planteadas con la Constitución de 1967 entendió que podría ingresar a conocer las demandas de amparo constitucional al tener los derechos fundamentales con continuidad en ambas Constituciones, sin embargo rechazó las demandas de inconstitucionalidad que no invocaban la Constitución vigente del año 2009 pese a haberse interpuesto durante la vigencia de la Constitución abrogada, pese a ello en el AC 0068/2010-CA de 12 de abril, correspondiente a un Recurso contra Resoluciones Congresales o Camarales equivalente a un amparo constitucional con sujeto pasivo privilegiado como es el Congreso, rechazó el recurso porque la fundamentación del memorial se basaba íntegramente en la Constitución abrogada lo que no es congruente con el argumento anteriormente referido.

135 "*Es posible afirmar, sin embargo, que jueces, estudiantes y litigantes tienden a desconocer los precedentes y por tanto a pensar que en la Constitución hay más "terrenos baldíos" que en los que en realidad hay*" (López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Bolivia, Instituto de la Judicatura, 2003, p. 161) en este sentido dicho desconocimiento puede deberse a flojera, falta de tiempo, falta de técnica, exceso de jurisprudencia, entre otros de forma que a decir del mismo profesor "*Con mucha frecuencia los jueces parecen creer que hay contradicción jurisprudencial entre dos sentencias escogidas aleatoriamente cuando es posible probar, con la reconstrucción adecuada de la línea jurisprudencial y sus sentencias hito, que uno de los extremos de la presunta contradicción ya no es doctrina constitucional vigente, En ese sentido, jueces, litigantes y estudiantes tienen a veces una exagerada percepción de contradicción respecto de la jurisprudencia de la Corte como producto del anti-técnico manejo de las líneas jurisprudenciales*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Bolivia, Instituto de la Judicatura, 2003, p. 162).

razonamientos jurisprudenciales contrapuestos contenidos en dos o más Sentencias Constitucionales[136] o en una misma que las anulen, todo ello a partir de la "textura abierta" de los términos que componen las Sentencias.

Descubierta o construida la inexistencia de jurisprudencia, entonces el Juez puede utilizar al amparo del principio *pro persona* deducido de los art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[137] (PIDCP), art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos[138] (CADH) y el art. 256 de la Constitución boliviana[139], aplicar la teoría del "máximo estándar" como herramienta para construir el que entiende como el mejor derecho es decir:

1. Adoptar el entendimiento de la Sentencia que contenga el máximo estándar justificando dicho extremo, pues debe recordarse que una *ratio decidendi* vale por la fuerza de sus razones;
2. Identificar y obtener el estándar más alto a partir de las Sentencias existentes.

136 Antes de aplicar el mejor estándar debe identificarse dos Sentencias contradictorias de forma que: "*El uso de la técnica sería incorrecto si el juez contrapone, por ejemplo, una doctrina constitucional no vigente con otra vigente para afirmar que tiene libertad de escogencia entre ellas. En este caso se trata pura y simplemente de una inadecuada determinación de la sub-regla a aplicar y, por tanto, de una violación manifiesta de la doctrina del precedente*…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Bolivia, Instituto de la Judicatura, 2003, p. 162).

137 Al respecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece: "*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*".

138 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone: "*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: … b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*".

139 El art. 256.I de la Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia establece: "*Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta*".

Por ejemplo respecto al control de legalidad de las aprehensiones fiscales y/o policiales, por parte de los jueces instructores en lo penal, por una parte desde la SC 0181/2005-R de 3 de marzo, se estableció que: "…*todo imputado que considere que en el curso del proceso investigativo ha sufrido una lesión de un derecho fundamental, entre ellos, el derecho a la libertad en cualquiera de las formas en que pueda sufrir menoscabo, debe impugnar tal conducta ante el juez instructor, que es el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo el control de la investigación, desde los actos iniciales hasta la conclusión de la etapa preparatoria*…"; sin embargo la SC 0957/2004-R de 17 de junio, estableció que todo Juez de instrucción penal: *"… tiene el deber, impuesto por la norma antes transcrita, de pronunciarse sobre la legalidad de los mismos; por consiguiente, frente a una presunta aprehensión ilegal, le corresponde al juez cautelar, conforme lo establece el art. 54.1) del CPP, controlar la investigación y, en consecuencia, proteger los derechos y garantías en la etapa investigativa…",* es decir que resulta claro que conforme al art. 54 inc.
1) del CPP el Juez de instrucción es competente para: "*El control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos*…" concordante con el art. 279 de la misma norma que establece que: "*La Fiscalía y la Policía Nacional actuarán siempre bajo control jurisdiccional*…", sin embargo la primera Sentencia estableció la carga procesal de la parte imputada de acudir al órgano de control jurisdiccional de forma previa al planteamiento de la acción de libertad, mientras que la segunda Sentencia dispuso que dicho control debía ser de oficio.

Ante dicho panorama la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, construyó un estándar más alto al entender que los razonamientos contenidos en ambas Sentencias no necesariamente eran contradictorios sino más bien complementarios, y que en atención al principio de progresividad en la materialización de la mejor protección de los derechos correspondía entender que: "… *independientemente al control de oficio de la legalidad de la aprehensión el imputado puede acudir al juez de instrucción en lo penal denunciando irregularidades inadvertidas por la autoridad judicial en su aprehensión*".

La teoría del máximo estándar entiende a la jurisprudencia constitucional existente como un estándar mínimo y no como uno máximo, lo que permite a los jueces ordinarios ir incluso

más allá de ella, pues como se dijo al principio de este trabajo, si bien el principio de seguridad jurídica justifica la existencia de un órgano que cierre la controversia interpretativa[140], el principio de vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales a la vez permite tanto terminar el debate interpretativo de los derechos como permitir el diálogo jurisprudencial, es decir, de tribunales inferiores de un Estado con los Supremos e incluso con tribunales internacionales cuando se le permite y/u obliga a utilizar en sus resoluciones la jurisprudencia internacional.

140 A decir del Juez Jackson es verdad que: "…*la revocación por un tribunal superior no es prueba de que con ello se haya hecho mejor justicia. No hay duda de que si hubiera un Tribunal super-Supremo, una parte considerable de nuestras revocaciones a los tribunales estatales serían a su vez revocadas. No somos la última instancia porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos la última instancia*" ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Suprema Corte de justicia. Caso Brown v. Allen 344 US (1953).

PARA REFLEXIONAR LO AVANZADO

Usted es juez de garantías y está conociendo una acción de amparo constitucional emergente de un proceso penal donde se alega dos aspectos: 1) que el imputado no tuvo abogado defensor durante el juicio oral, público y contradictorio, y; 2) que no se resolvieron las excepciones que planteó en termino procesal; sin embargo, en su petitorio se limita a pedir: "*pido se resuelvan las excepciones que interpuse en momento procesal*" sin llegar a solicitar nada concreto respecto a la supuesta vulneración sobre el derecho a la defensa que hace al debido proceso.

Durante la celebración de la audiencia la parte demandada solicitó la aplicación vinculante de la SCP 18/2012 de 16 de marzo, de la Sala Primera Especializada, que refería a un caso donde se había acudido a un Notario de Fe Pública para presentar una apelación en materia penal, y se rechazó la interposición de la impugnación, alegándose el incumplimiento de exigencias contenidas en el abrogado art. 97 del Código de Procedimiento Civil; en este sentido, la parte accionante no había solicitado nada concreto determinándose por el órgano de control de constitucionalidad lo siguiente: "…*La importancia del petitorio, de manera expresa y en términos directos y claros, debe encontrarse directamente relacionada con los hechos de la causa, existiendo una relación entre ambos, pues esta, determinará y delimitará la concesión del juez o tribunal de garantías en la acción planteada, porque solamente puede conferir lo que se solicita, así, la SC 0381/2007-R de 10 de mayo señala: "...el Juez de tutela está obligado a conferir solamente lo que se le ha pedido; esto muestra la enorme importancia que tiene el petitum de la causa, pues, el Juez está vinculado a la misma; esto es, deberá conceder o negar el petitorio formulado*…"…"; por lo que, se denegó la tutela "*sin ingresar al fondo de la problemática*".

Ante esa solicitud, y con el uso de la palabra, la parte accionante pide se tenga como vinculante la SCP 0136/2012 de 4 de mayo, de la Sala Primera Especializada referida a un caso donde se había solicitado tres veces consecutivas al presidente de una OTB el

traslado de la conexión de agua del domicilio donde refiere vivía sin tener respuesta alguna; sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional observó que si bien no se solicitó nada concreto respecto al derecho a la petición correspondía otorgar la tutela y ordenar que el demandado responda a la parte accionante alegan- do lo siguiente: "…*SC 0381/2007-R de 10 de mayo, con respecto a conceder la tutela ultra petita, en caso de error en la formulación del petitorio ha establecido: " ...el Juez de tutela está obligado a conferir solamente lo que se ha pedido; esto muestra la enorme importancia que tiene el petitum de la causa, pues, el Juez está vinculado a la misma; esto es, deberá conceder o negar el petitorio formulado; sólo excepcionalmente, dada la naturaleza de los derechos protegidos es posible que el Juez constitucional pueda conceder una tutela ultra petita, de cara a dar efectividad e inmediatez a la protección del derecho a la garantía vulnerada, cuando advierta que existió error a tiempo de formular el petitorio. Extremo que deberá ser ponderado en cada caso concreto, al tratarse de una excepción*".

Usted como juez evidencia que existen dos sentencias aparentemente contradictorias, pero no puede alegar insuficiencia de la ley, o contradicción de sentencias, o laguna jurídica para dejar de resolver.

PREGUNTAS EMERGENTES DEL CASO PLANTEADO

¿Cómo debe entenderse el requisito del petitorio en la demanda de amparo constitucional?

¿Qué es la causa de pedir?

Entre la SCP 18/2012 y la SCP 0136/2012 ¿existen supuestos fácticos similares o disimilitud?

Cuándo hay sentencias contradictorias, ¿debe aplicarse la última sentencia?

¿Las contradicciones entre sentencias se resuelven por principios o por reglas?

¿Cómo debe entenderse por favorabilidad?

¿Puede reconstruir la línea jurisprudencial sobre el tema tratado?

Capítulo IV

UNIVERSALIZACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A TRATAR

Para desarrollar este capítulo limitémonos primero a pensar en la justicia constitucional y al respecto se tiene que los jueces, como consecuencia de la emisión de una sentencia constitucional y como ya se observó en los capítulos anteriores están obligados a aplicar en lo sucesivo el precedente[141].

Respecto al fundamento de la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional, el mismo emerge de la necesidad de unificar los criterios interpretativos divergentes que los diferentes jueces y tribunales puedan tener sobre la Constitución, siendo por ello un desarrollo de los principios de seguridad jurídica[142] y de igualdad ante la ley[143].

En efecto, la existencia de precedentes está íntimamente relacionada al resguardo del Estado de Derecho, al reducir la

---

* Agradezco las observaciones a este capítulo realizados por Luciano Damian Laise.

141 El art. 203 de la Constitución Política del Estado de Bolivia establece: "*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*".

142 Respecto a la seguridad jurídica la SC 287/99-R de 28 de octubre, estableció: "… *representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio*".

143 En lo referente al principio de igualdad la DC 002/01 de 8 de mayo de 2001, indicó que: "*el derecho a la igualdad consagrado en el Art. 6 de la Constitución Política del Estado, exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan; no prohibiendo tal principio dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales; siempre que ello obedezca a una causa justificada, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho y la situación…*".

discrecionalidad interpretativa de los jueces, por ello, una decisión del Tribunal Constitucional por ejemplo no tiene como función principal la de proteger los derechos subjetivos comprometidos en un caso concreto, sino más bien la de defender el orden público constitucional[144], lo que no podría realizarse si el órgano de control de constitucionalidad no unificara criterios y por tanto si la jurisprudencia constitucional no fuera vinculante, es decir, al resolver un litigio una alta corte no solo resuelve un caso concreto sino que ayuda a resolver futuros casos, de ahí que la decisión trasciende el interés individual.

Ahora bien si a los jueces se les "…*obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos*"[145], es decir, si el principio contenido en una decisión del Tribunal Constitucional debe tender a convertirse en un postulado universal de forma que la decisión no sea resultado del capricho o de una situación coyuntural y la decisión pueda considerarse por ende imparcial, emerge como lógica consecuencia el interrogante de la amplitud de dicha determinación.

Para dicho análisis debe considerarse que en una decisión judicial la parte considerada como vinculante es la llamada *ratio decidendi* o razón de la decisión mientras que la *obiter dicta*[146] o lo dicho al pasar no se considera como vinculante, entonces el problema del alcance de una decisión judicial respecto a otros casos podría solucionarse con la misma facilidad con la que diferenciamos entre lo que consideramos como vinculante y lo que consideramos como no vinculante en una decisión judicial.

Al respecto y en general, se enseña a identificar en nuestras universidades a la *obiter dicta* como todo aquello que en la sentencia no forma parte de la *ratio decidendi,* entonces no es posible identificar en una decisión judicial lo que consideramos como vinculante sin identificar al mismo tiempo lo que no es vinculante y viceversa.

144 ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson. *El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. México. 2014.

145 LARA CHAGOYÁN, Roberto. *El principio de universalidad en el razonamiento jurídico*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, 2007, p. 221-247.

146 Conocido también como *obiter dictum* puede concebirse en Bolivia como una "yapa" o plus pero no como un adorno.

Entonces sucede lo siguiente: mientras más amplio sea lo que consideramos como *ratio decidendi* en una decisión judicial, por consiguiente y en la misma medida se reducirá lo que entendemos como *obiter dicta* en una sentencia, lo que nos vuelve a colocar exactamente en el mismo dilema referido anteriormente respecto a la amplitud de la decisión judicial, pero dicho en términos diferentes.

El deslinde referido no solo tiene importancia teórica sino que tiene efectos prácticos importantes al referir a lo que se considerará en el futuro como otro caso similar[147] y por tanto vinculante; así por ejemplo, en Bolivia luego de la SC 1036/2002-R de 29 de agosto, no se tenía certeza plena respecto al alcance de dicha decisión constitucional, en específico en lo referente a si el cómputo de tres años de duración máxima del proceso penal establecido por el art. 133 del Código de Procedimiento Penal[148], se lo debía efectuar desde la imputación formal o si se lo debía computar desde los actos iniciales es decir la denuncia, la querella y la intervención policial preventiva.

Posteriormente y en ese marco la SC 033/2006-R de 11 de enero, denegó una tutela relacionada sosteniendo que es la parte imputada la que debe identificar los actuados que acrediten que la demora en la tramitación de los tres años no le es imputable, es decir, lo determinante de esa decisión refirió a quien tenía la carga de la prueba ante este tipo de solicitudes, sin embargo, aclaró de oficio la SC 1036/2002-R estableciendo que: *"…el cómputo de los tres años de duración del proceso penal previsto en el art. 133 del CPP, se computa a partir de la primera sindicación efectuada en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito*...", es decir, puntualizó algo que no estaba relacionado con los hechos debatidos lo que posteriormente generó incertidumbre en los operadores de justicia respecto a la amplitud de la decisión judicial considerada como "precedente".

147 En este sentido no es suficiente hacer una jurisprudencia de conceptos.

148 El art. 133 del Código de Procedimiento Penal boliviano establece: "*Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía*".

En este marco para los llamados minimalistas[149] la interpretación de la *ratio decidendi* debe restringirse a los hechos del caso concreto de forma que en el caso narrado de la SC 033/2006-R la referencia hecha por el Tribunal Constitucional a que el cómputo de la duración máxima del proceso debía realizarse desde los actos iniciales, no tenía ninguna relación con lo que la referida sentencia estaba efectivamente resolviendo, es decir determinar que quién tenía en ese caso la carga de la prueba de la demora procesal era la parte imputada por tanto no podía considerarse vinculante.

Por su parte para una visión maximalista de la jurisprudencia[150] lo que se considera como *ratio decidendi* es amplio y no necesariamente está relacionado a los hechos que hacen a un caso concreto por tanto la referida aseveración del Tribunal Constitucional, en sentido de que el cómputo procesal de la etapa preparatoria del proceso penal debía realizarse desde la imputación formal aunque no tenga relación con lo efectivamente resuelto en la sentencia constitucional puede considerarse como vinculante[151], es decir, mientras que para los maximalistas el precedente puede abarcar

149 Lo referido, provocó que en los Estados Unidos de América se visibilicen dos visiones sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia: *"…la primera de ellas, una doctrina del precedente que puede llamarse 'maximalista' y según la cual la regla de un caso fallado que vincula a un juez en otro caso análogo debe ser tan abstracta y general, que puede abarcar una tipología amplia de asuntos... De otro lado, según la postura 'minimalista', la regla de un precedente se debe fijar de manera completa, con un ámbito normativo limitado, de modo tal que el caso resuelto sólo gobierne circunstancias fácticas análogas a ese caso concreto…*" CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*, en Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, UNAM, México, 2009.

150 En definición precedente debe diferenciarse "*...entre maximalistas y minimalistas: para los primeros el precedente constitucional debe tener la potencialidad de abarcar hechos que no hacen parte de los hechos relevantes del caso y por tanto resuelven problemas políticos o jurídicos de una forma general. Para los minimalistas, por el contrario, el precedente no debe hablar más allá de lo estrictamente necesario para justificar la respuesta y por tanto en la identificación de aquel el intérprete debe limitarse a la determinación de los hechos del caso concreto...*" (PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique. *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, 2011).

151 "*En el fondo, coexisten aquí dos doctrinas del precedente: la minimalista, cuando postula que dicho precedente sea establecido en forma concreta y profundamente condicionado por los hechos (material fáctico) del caso donde se formuló, y la maximalista, que intenta que el precedente establezca reglas generales y abstractas comprensiva de una serie de situaciones. Naturalmente, la posición minimalista permite a un tribunal moderar bastante el rigor del precedente, mientras que la maximalista lo acentúa. Sin embargo, aún esta última autoriza practicar "distinciones" (Schauer), por ejemplo ante supuestos de extrema injusticia, que significan excepciones a la regla de la obediencia al precedente*" (SAGUÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Editorial del Tribunal Constitucional del Perú. Lima. 2008, p. 265).

hechos que no hacen a la problemática del caso concreto que se está resolviendo, para los minimalistas una decisión judicial no debe resolver sino aquello que los supuestos fácticos del caso le permiten al juez resolver[152]. A saber si se parte de una concepción amplia de la *ratio decidendi* de forma que la misma no necesariamente deba estar relacionada a los supuestos fácticos que hacen a un caso concreto, ello puede provocar que comentarios de los Magistrados, citas de doctrina, analogías ejemplificativas no relacionadas al caso, entre otros puedan adquirir vinculatoriedad lo que es rechazado por los minimalistas[153].

Expuesta la problemática a continuación procederé a explorar ambas posiciones para mostrar una idea básica: que no puede aceptarse que existan como tales sentencias maximalistas o minimalistas sino que estas son resultado primero de la redacción y luego de la lectura que se haga a las resoluciones judiciales.

II. EL MINIMALISMO Y LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL AL CASO CONCRETO

La política nos muestra que podemos estar de acuerdo en lo general y abstracto pero en desacuerdo en lo particular.

Seguramente si estuviésemos en una asamblea constituyente la mayoría estaría dispuesto a votar a favor de un artículo general que proteja el derecho a la vida pero los desacuerdos aflorarán cuando deba considerarse el aborto. Otras veces puede suceder que varias personas incluso estando de acuerdo con la paradigmática decisión Roe vs Wade de la Suprema Corte de Estados Unidos

152 En ese caso el Tribunal Constitucional que hizo la sentencia tuvo una visión maximalista al redactar la sentencia pues incluso público en su página de internet un comunicado que pretendía aclarar que la sentencia determinaba que el inicio del cómputo de la duración máxima del proceso era desde los actos iniciales; sin embargo, los jueces penales efectuaron una interpretación minimalista de la decisión sosteniendo que los hechos resueltos efectivamente no tenían como conclusión lo aseverado por el Tribunal Constitucional y negaron la vinculatoriedad de dicha afirmación lo que muestra como los siguientes jueces determinan en un caso lo que debe entenderse por *ratio decidendi* y lo que no es.

153 En el *exp 24-2003-AI/TC* el Tribunal Constitucional peruano sostuvo: *"... la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo"* de ahí que se tiene que al revés una *obiter dicta* sería algo no necesario para resolver una problemática.

de América que admite el aborto sin embargo pueden estar en desacuerdo en su argumentación sustentada en el derecho a la intimidad y más bien pueden creer que dicha facultad de la mujer debe sustentarse en la autonomía de la voluntad o incluso en el derecho a la igualdad de la mujer frente al varón[154].

En este marco el profesor Cass Sunstein observó que al redactarse la Declaración Universal de Derechos Humanos los Estados-parte aprobaron el tratado internacional eludiendo el debate teórico que la sustenta y para demostrar aquello rememora a Jacques Maritain quien asesoró en ese momento en Naciones Unidas y que en su momento respecto a dicha aprobación sostuvo: "*Si, estamos de acuerdo de los derechos humanos pero a condición de que no nos preguntemos porqué…*"[155] a partir de dicha observación y para defender una posición minimalista defendió la idea de que: "*Mi sugerencia básica es que las personas pueden a menudo estar de acuerdo sobre algunas prácticas constitucionales, cuando no pueden ponerse de acuerdo sobre teorías constitucionales*"[156] lo que implica que podemos estar de acuerdo con la libertad religiosa pero no con los motivos que sustenten esa libertad, aspecto que concibe como una teoría de acuerdos incompletos[157].

---

154 Argumento sostenido entre otros por Ruth Bader Ginsburg en su *Madison Lecture* dictada en 1993 en la Universidad de New York así se: "*…echa por la borda totalmente el argumento de la intimidad y se apoya en cambio en el compromiso constitucional a la igual protección de las leyes…*" (SHAPIRO, Ian. *El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: Una introducción*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho No.* 31. España. 2009. p 455).

155 SUNSTEIN, Cass. *Los acuerdos carentes de teoría completa en el derecho constitucional.* En *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia RAE* coordinador Jesús Córdova, Editorial Tinco SC, Lima, 2009. p. 26.

156 *Ibídem*. p. 18.

157 "*De ese modo proponer que las sociedades tienden a adoptar una estrategia para abordar los retos del pluralismo, como es la de llegar a acuerdos sobre resultados singulares a partir de teorías incompletas. Un ejemplo gris de un acuerdo teórico incompleto, como lo denomina Sunstein, es el caso de la posibilidad de coincidir acerca de la urgencia de proteger a algunas especies animales en peligro de extinción. Empero, algunos podrán justificarlo en el deber de toda persona de cuidar la naturaleza; otros, desde la importancia que representan para la estabilidad ecológica, y aquellos que señalan que dichas especies tienen propiedades útiles para la investigación científica. Concluye que las personas no necesitan construir una teoría moral coherente aceptada por todos para ponerse de acuerdo y coordinarse, sino que logran hacerlo únicamente desde distintas perspectivas teóricas… El minimalismo judicial busca que los jueces no impongan, a través de sus sentencias, sus propias visiones del mundo, ni tampoco teorías abstractas y "omnímodas" sobre el resto de la sociedad política… Los jueces deben, en su opinión, alentar –en lugar de ocupar el lugar de- la deliberación de las ramas políticas del gobierno y de la sociedad en general… El minimalismo consiste, entonces, en decir lo menos posible para justificar la decisión, en dejar sin decidir lo que más se pueda*" (BARBOSA SALAMANCA, Henry Andrew. *Minimalismo judicial en la Corte Constitucional: ¿Autorrestricción metodológica o una forma de rehuir al debate de los derechos?,* en Revista Republicana, Colombia, 2011, p. 31-44).

Asimismo, para el profesor norteamericano el silencio puede tener una fuerza constructiva en sociedades pluralistas y heterogéneas donde coexisten diferentes visiones y valores[158] es decir el mismo puede: "*hacer posible la obtención de un acuerdo donde el acuerdo sea necesario, y hacer que sea innecesaria la obtención de un acuerdo donde sea imposible un acuerdo*"[159].

Tanto la teorización incompleta y el uso constructivo del silencio aplicado a la actividad judicial permiten la evolución moral de los derechos fundamentales de forma que de a poco y a partir de la resolución de casos concretos se vaya construyendo caso a caso una teoría general más completa de cada uno de los derechos, es decir como miembros de una sociedad podemos no estar de acuerdo sobre desde cuando comienza el derecho a la vida; pero nadie ni siquiera el órgano judicial tiene derecho a cerrar del todo dicho debate porque en esencia nadie tiene la verdad absoluta.

La consecuencia de la teoría de Cass Sunstein es que la concepción de la jurisprudencia y su lectura debe ser minimalista, en este sentido una decisión minimalista es aquella que se centra única- mente en los hechos del caso concreto y cuyos fundamentos son los estrictamente necesarios para resolver la problemática jurídica dejando el resto de las problemáticas que pudiesen presentarse a merced del legislador o posponiendo su resolución a casos futuros de forma que el órgano legislativo e inclusive los siguientes jueces tengan la oportunidad de participar en la determinación y contenido de los derechos.

Una concepción minimalista de la jurisprudencia permite evitar que los jueces constitucionales a través de sus decisiones clausuren el debate público sobre el contenido de los derechos[160], dejando intactas opciones interpretativas lo que permite que

158 Para el profesor norteamericano "*la existencia de diversos valores parece poner en peligro la posibilidad misma de un orden constitucional y la estabilidad social*" (SUNSTEIN, Cass. *Los acuerdos carentes de teoría completa en el derecho constitucional.* En *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia RAE* coordinador Jesús Córdova, Editorial Tinco SC, Lima, 2009, p. 17).

159 *Ibídem*. p. 23.

160 Respecto al control normativo "*El minimalismo judicial reivindica el principio democrático, buscando que los jueces constitucionales, a través de sus decisiones, no clausuren para siempre el debate público sobre el contenido último de los derechos fundamentales…*" (BARBOSA SALAMANCA, Henry Andrew. *Minimalismo judicial en la Corte Constitucional: ¿Autorrestricción metodológica o una forma de rehuir al debate de los derechos?,* en Revista Republicana, Colombia, 2011, p. 31-44).

ciertas creencias e ideologías sigan compitiendo, pero además la interpretación de las sentencias apegadas a los hechos de un caso concreto tengan la posibilidad de que en el futuro se pueda ponderar nuevos argumentos de las por los jueces en cada caso concreto, a contrapartida de una visión maximalista que desconocería el pluralismo y menoscabaría la democracia e incluso generaría de manera innecesaria desacuerdos teóricos irreconciliables entre sectores de la sociedad[161].

Se sostiene que mientras en una visión maximalista de la jurisprudencia el órgano de control de constitucionalidad tiende a actuar como legislador positivo, pues al apartarse de los supuestos fácticos amplía el ámbito de su competencia de sobremanera, en cambio, lo que busca el minimalismo del profesor norteamericano es impulsar al órgano legislativo a debatir y pronunciarse sobre controversias que no terminó de cerrar en su debate el órgano judicial a través de sus decisiones. Por tanto una posición minimalista en este sentido, reduce al mínimo el control de constitucionalidad para evitar que el ejercicio del poder jurisdiccional invada las competencias del legislativo o del ejecutivo[162] v.gr. en la elaboración de políticas públicas y fundamentalmente, en temáticas que no son de conocimiento de abogados.

Entonces si un juez conoce que los siguientes jueces seguirán su entendimiento, debe preocuparse sobre los efectos y alcances de

161 "*El autor defiende su posición a favor del minimalismo, al menos por estas razones: 1. Esta práctica permite que las Cortes respeten sus precedentes al considerar casos sobre los cuales se puede realmente decidir, mediante un "uso constructivo del silencio". 2. Se reducen los ámbitos de la decisión a un caso concreto, se dejan espacios abiertos y de esta forma permite que se tomen decisiones sin entrar a considerar aspectos en donde no se lograrían acuerdos entre los jueces colegiados de un tribunal, o más aún cuando es imposible que un juez constitucional obtenga la información necesaria, que incluso no estaría disponible para otros actores políticos o jurídicos. 3. Hace menos frecuentes los errores judiciales y menos perjudiciales sus efectos, pues es muy difícil prever las consecuencias futuras de un fallo. 4. Favorece la democracia deliberativa al permitir un debate amplio en todos los niveles. Cuando hay división sobre lo que significa la moral es mejor deliberar en otros espacios, a que un juez tome una decisión al respecto*" (CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*, en Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, UNAM, México, 2009, p. 277-303).

162 F. Schauer comenta que en la decisión judicial *Marbury vs. Madison* el Juez Marshall sostuvo que la Corte tenía poder jurisdiccional sobre el Presidente de los Estados Unidos de América lo que enfureció a Jefferson aunque se lo haya tomado como *obiter dicta* al no tener relación con lo resuelto.

su decisión, por lo tanto y en general el principio de universalización que rige a una decisión judicial debe limitarse a los supuestos fácticos que hacen al caso concreto, lo que posibilitaría separar la función y labor del Tribunal Constitucional[163], del papel del legislador pese a ello como analizaré más adelante considero que el minimalismo solo puede ser consecuencia de una decisión de auto-restricción –*self restraint*– fundado en el criterio de prudencia judicial.

III. LA COHERENCIA QUE PIDEN LOS MAXIMALISTAS

Una posición minimalista obliga a los jueces a resolver caso por caso las problemáticas que se le presenten, lo que es criticado por la visón maximalista, pues pone en riesgo la coherencia del ordenamiento jurídico, toda vez que da lugar a una serie de decisiones inconexas e incoherentes generando incertidumbre e inseguridad jurídica pues ya nadie sabe qué es y qué no es constitucional generándose anarquía al perderse el carácter general de las normas.

En efecto mientras que un minimalista puede sostener que si el contenido de los términos jurídicos se determina por la jurisprudencia atendiendo a la realidad y al contexto, entonces puede creer en la necesidad de adoptar sobre los mismos una tesis minimalista, ello porque la realidad depende de la experiencia que es infinitamente rica respecto a la imaginación de los jueces. Para un minimalista un juez adoptando una posición maximalista puede establecer o hacer referencia en su sentencia a una regla que de manera tajante prohíba, por ejemplo la muerte de otra persona, el problema se presentará y siempre imaginando que no estuviera previsto en el Código Penal la legítima defensa cuando una persona mate a otra para proteger su vida, ya que en ese caso no será jurídicamente reprochable la muerte de otra persona y la decisión maximalista anterior ya no se aplicará generando incertidumbre jurídica respecto a cómo resolverá cada caso el órgano judicial pese a que ya se habría generado una expectativa legítima al respecto. Una posición minimalista en este sentido pareciera

163 En el caso *Dred Scott* que posteriormente fue uno de los elementos que aceleró la guerra civil se tiene que si la corte resolvió que el demandante negro no tenía legitimidad activa para acceder a un juzgado federal entonces el resto de aseveraciones que hizo la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América no solo que no eran necesarias sino no estaban bajo su competencia.

reducir el riesgo de que el órgano de control de constitucionalidad incurra en errores o se contradiga en causas futuras.

A lo referido un juez maximalista podría contestar que existe una ingente cantidad de sentencias emitidas por los tribunales[164] con diferentes resoluciones y si se atiende a las circunstancias de cada caso concreto éstas pueden resultar incoherentes por ejemplo en Bolivia el Tribunal Constitucional estableció que:

1. Si una ley limita el ejercicio de la propiedad privada por ejemplo impidiéndole construir pero le impone la carga de pagar impuestos a una persona en específico no procede la acción de inconstitucionalidad pues esta solo se activa contra actos de naturaleza normativa que se caracterizan por ser generales y abstractos[165].
2. Pero atendiendo a otro caso en concreto el órgano de control de constitucionalidad estableció que, frente a una ley no procede el amparo constitucional puesto que, ésta únicamente procede frente a actos y omisiones que no sean de naturaleza normativa[166].

Al redactarse cada una de las decisiones judiciales, obviamente no se pensaba en la otra, de forma que, ambas sentencias serán perfectas si se consideran de manera individual pero que consideradas al mismo tiempo no serán coherentes[167], pues deniegan

164 Según el Informe de Rendición Pública de Cuentas del Tribunal Constitucional sólo en la gestión 2017 ingresaron 4517 causas para su correspondiente resolución.

165 Al respecto la Sentencia Constitucional 0034/2010 de 20 de septiembre, señaló que: *"…el control normativo de constitucionalidad, es el mecanismo encomendado al órgano contralor de constitucionalidad, para que en caso de ser activado, verifique la observancia y respeto a la Constitución de todas las normas infra-constitucionales caracterizadas por su generalidad, encontrándose dentro de este plexo normativo las leyes, los decretos supremos, las resoluciones de carácter general* ***y otras normas que no tengan efectos particulares****".*

166 Esta posición ha sido uniforme desde que el órgano de control de constitucionalidad inició su trabajo por ejemplo la SC 074/2001 – R de 30 de enero, devengó un amparo contra una ley sosteniendo: "*Que en el caso de Autos, el recurrente, en forma equivocada y trastocando el espíritu y fundamento del Amparo Constitucional, cual es la protección de los derechos y las garantías reconocidas por la Constitución y las Leyes, pretende lograr a través del mismo, la inconstitucionalidad de los arts. 49, 50 y 51 de la Ley N° 1760, cuando tal objeto únicamente puede perseguirse mediante la interposición de Recursos específicos como son los Recursos Directos o Indirectos de Inconstitucionalidad, de los cuales el Amparo no es sustitutivo, circunstancia que a todas luces determina la improcedencia del presente Recurso*" criterio mantenido a lo largo de los años como regla general.

167 N. MacCormick diferencia en este sentido entre 1. **consistencia** que es de carácter formal es decir cuando dos normas se contradicen y 2. **coherencia** cuyo contenido es material de forma que si por ejemplo se permite a autos azules viajar a más de 100 km/h pero al resto no, no son inconsistentes es decir no se contradicen

tutela jurídica a los litigantes dado que un perjudicado por una ley que regule una situación subjetiva no podrá impugnar ni por el amparo constitucional, ni por la acción de inconstitucionalidad, aspecto que podría evitarse si las decisiones judiciales son principialistas, es decir si tienen la suficiente amplitud[168].

Por otra parte, para los maximalistas una lectura estricta de la jurisprudencia multiplicaría la cantidad de casos a resolverse por los órganos jurisdiccionales pues sin duda el casuismo implica una invitación para litigar.

IV. ENTRE LO GENERAL Y LO PARTICULAR DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Imaginemos que la normativa procesal de un país no prevé la recusación por recibir regalos de las partes procesales y en un caso cualquiera se acredita que un juez en su cumpleaños recibió unos chocolates –sin gran valor– de una de las partes procesales, lo que provoca sea recusado, entonces el juez que redacta la resolución puede declarar probada dicho apartamiento con alguno de los siguientes argumentos: **a)** Si un Juez recibe un regalo pequeño debe excusarse; **b)** El juez que reciba regalos incluso sean insignificantes debe excusarse; y, **c)** Todo Juez que comprometa su imparcialidad debe excusarse. En dicho ejemplo, al menos hay tres niveles de abstracción en los argumentos utilizados, uno más amplio o reducido respecto al otro.

Como ya se dijo a lo largo de este trabajo se sostiene que toda resolución judicial que resuelve una *litis* repercute en los casos futuros con supuestos fácticos análogos –vinculatoriedad–, lo que permite el respeto al principio de igualdad –los litigantes tienen el mismo trato–, la seguridad jurídica –sabemos a qué atenernos–, celeridad –se ahorra tiempo y energía para resolver casos similares– y respeto a la autoridad de las decisiones

formalmente pero son incoherentes pues el color del auto por sí mismo las hace contradictorias lo que implica que para determinar la coherencia de dos normas se debe observar los valores implícitos que unifican ordenamiento jurídico.

168 En este sentido una sentencia que generalice más entonces debe armonizarse más con el resto de jurisprudencia de ahí que un cambio de jurisprudencia siempre es conflictiva el juez sin un estudio profundo de la jurisprudencia vigente no puede saber que otras sentencias se ven afectadas por la decisión de modificar la jurisprudencia vigente.

jurisdiccionales –al acierto y sabiduría de los jueces anteriores–. Ello sucede porque la vida organizada de una sociedad no puede transcurrir en medio de la anarquía jurisprudencial, y dos casos con idénticas circunstancias deberían resolverse de igual manera, de forma que el ciudadano no solo sea igual ante la ley, sino ante la jurisprudencia.

Y como se puede observar de lo referido líneas arriba, tanto maximalistas como minimalistas aceptan la vinculatoriedad de la jurisprudencia[169], pero difieren respecto a la identificación de lo que consideran como *ratio decidendi,* pues unos refieren a lo redactado de manera amplia por el Tribunal como vinculante y la otra posición a los supuestos fácticos que hacen al caso concreto, es decir aquello que efectivamente está resolviendo un Juez o Tribunal, entonces del ejemplo de la recusación ofrecido, el maximalista tomará la decisión más amplia adoptada por el Tribunal y los minimalistas el sentido más restringido[170].

Una postura minimalista seguramente corresponderá a un juez cauteloso que prefiere resolver caso a caso las problemáticas que se le vayan a presentar pues:

169 La universalización de una sentencia hace de una decisión judicial una decisión imparcial sin embargo no todas las decisiones son universales al respecto A Kaufmann sostuvo: "…*hay que pensar que existen decisiones no susceptibles en absoluto de universalización, por ejemplo, la decisión de un médico que debe elegir entre uno de los dos heridos graves a cuál de ellos conecta en el único aparato de reanimación existente y a cuál deja morir, semejantes decisiones se mueven en un espacio libre de valoración y universalización*" (KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad del Externado, 1999, p. 490).

170 Ahora bien para algunos una manera de resolver la contraposición entre minimalismo y maximalismo es aceptar que las sentencias del Tribunal Constitucional que hacen parte del control de constitucionalidad normativo es decir que no atienden a hechos particulares sino a la confrontación abstracta entre normas una de ellas la Constitución y otra infra-constitucional deben ser concebidas de forma maximalista mientras que las sentencias que resuelven acciones tutelares como el amparo constitucional y el habeas corpus deben ser leídas de forma minimalista sin embargo la experiencia nos muestra casos emergentes de acciones tutelares que definen temas trascendentales y sentencias de control normativo que al resolver una problemática dejan temas abiertos a resolverse en el futuro (dejan ponderaciones a jueces) de ahí que la redacción y lectura maximalista o minimalista de una decisión judicial no parece depender tanto del tipo de control de constitucionalidad que se está realizando sino sobre todo de los contenidos tratados en las decisiones judiciales.

1. Entiende que no conoce el tema sometido a su competencia a la perfección y existe un margen de error alto por ejemplo por no tenerse claridad científica sobre el tema[171]
2. Cree que en el futuro su postura podría cambiar[172]
3. Cree que la decisión amplia puede alcanzar a situaciones no pensadas[173].
4. Puede ver que la decisión refiere a un tema respecto al cual no existe un acuerdo amplio entre los magistrados y una sentencia será en el futuro especialmente endeble.

Ahora bien debe considerarse que incluso un juez minimalista para fundamentar una decisión, debe basarse en argumentos que en esencia deben tener un alcance general, pero recordar al mismo tiempo que todo juez maximalista estará resolviendo sobre una problemática única e irrepetible en el mundo lo que provoca deba reconocerse que la decisión judicial tenga al mismo tiempo por una parte lo particular y lo general lo que provoca que en una mayor o menor medida puede ser redactada o leída desde el minimalismo o desde el maximalismo[174].

---

171 A decir de Sigmund Freud que: "Uno es dueño de lo que calla y esclavo de lo que habla".

172 Cuenta G. Zagrebelsky que cuando la Constitución italiana sostenía que la ley penal favorable es retroactiva emergió en el órgano de control de constitucionalidad donde él trabajaba la controversia interpretativa respecto a si dicha norma alcanzaría o no a las normas que regulan la ejecución de la pena de ahí que se llegó a un proyecto y pese a que el mismo tuvo mayoría por un voto el relator abandonó el proyecto para que en el futuro se tuviera una mayoría más amplia o en su caso se hubiese reflexionado mejor la problemática es decir reflexionó que el ego puede llevar a un magistrado a imponer su criterio al de los otros pero debe pensarse más en el Tribunal Constitucional que en ser ganador así sostiene: "*Y puede parecer incluso que, en circunstancia referida, el ponente obró mal por no insistir en su propuesta; que incluso actuó en contra de lo debido, privándose a sí mismo y a los colegas que estaban de acuerdo con él del derecho de defender y afirmar sus propias tesis. En efecto, cabe que alguien se hubiera sentido defraudado en su derecho. Sin embargo, en el fondo había una cuestión de principio, un caso de conciencia institucional que las disposiciones que regulan la manera de actuar del Tribunal no resuelven. No la cuestión de al concreta decisión, sino la de cómo decidir mediante el voto en un colegio como el Tribunal Constitucional*" (ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política,* Editorial: TROTTA, 2008, p. 24).

173 Un consenso siempre es sobre lo específico y no sobre lo abstracto.

174 "*Comenzaremos con la observación de que una razón es casi siempre más general –con un alcance más amplio- que la solución o la decisión que apoyan. Si se le pregunta a alguien por qué está llevando un paraguas y responde que hay pronóstico de lluvia, la implicación es que cada vez que haya pronóstico de lluvia, llevará un paraguas: no solo hoy, sino en todos los casos en los cuales el pronóstico sea ese. Cuando un médico dice que prescribió estatina porque el paciente tenía colesterol elevado, está diciendo que hay una razón (que a veces podrá ser vencida por otra razones contrarias) para prescribir estatina no solo en este caso de colesterol alto sino en todos los casos similares*" (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* Marcial Pons, España, 2013, p. 183).

De ahí que, si se considera que en general quien escribe la sentencia y quien la interpreta no es la misma persona, entonces lo que consideramos como sentencia minimalista o maximalista emerge de dicha relación.

Como dijimos un juez minimalista, por ejemplo pensará al redactar la decisión que en el futuro no se trata de dictar sentencias de igual manera sino en dictar una decisión que se esté dispuesto a seguir en el futuro y entenderá que así como cuando un profesor llega tarde al aula menoscaba el tiempo de varios de sus alumnos sucede algo similar cuando se equivoca un Tribunal Constitucional pues en virtud a su jurisprudencia vinculante hace equivocar a todos los jueces de forma tal que creerá que la prudencia que debe tener como magistrado es directamente proporcional al daño que su decisión puede causar, sin embargo, después que siga siendo una sentencia minimalista ya no dependerá de quien la redactó sino de quien la aplique.

En efecto luego de redactada una decisión judicial no existen de manera plena sentencias minimalistas o maximalistas, sino que estas dependen de quien las lee, de ahí que, lo sostenido por Mark Tushnet respecto a que una decisión minimalista admite y puede leerse desde el maximalismo y al revés, es un efecto que no puede controlarse por quienes hacen las sentencias[175] y de ahí que, por ejemplo un juez conservador intente realizar una lectura minimalista de una sentencia liberal maximalista con la que no esté de acuerdo y/o al revés un juez liberal haga una lectura maximalista de una sentencia minimalista liberal y viceversa es decir que en todo caso el que intentará elegir el nivel de generalidad es el juez competente para interpretar y aplicar la jurisprudencia[176], en ese sentido, las decisiones minimalistas o maximalistas no se presentan antes de la interpretación sino que son su resultado.

175 "*Las sentencias minimalistas maximizan el poder judicial porque tiene muy pocas consecuencias distinguibles para otros casos*" (TUSHNET, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review,* Editorial PALESTRA, 2013, p. 197).

176 "*En síntesis, un juez puede ser conservador para dejar intacto un precedente, como un tribunal liberal puede también ser minimalista para dejar intangible el núcleo esencial de los derechos*" (BARBOSA SALAMANCA, Henry Andrew. *Minimalismo judicial en la Corte Constitucional: ¿Autorrestricción metodológica o una forma de rehuir al debate de los derechos?,* en Revista Republicana, Colombia, 2011, p. 31-44).

Obviamente que a veces las decisiones son redactadas como reglas o a veces como pautas de conducta[177], lo que da mayor o menor discrecionalidad al siguiente juez que tiene la competencia de aplicar el precedente[178], pero esto se determina como dice Cass Sunstein del grado de consenso existente en la sociedad, es decir este consenso social implícito determina la libertad interpretativa de la sentencia considerada como jurisprudencia.

En efecto y como se vio el minimalismo busca rehuir lo que nos separa e identifica lo que nos une, de ahí que pueda extraerse que el deber de leer de forma amplia o restringida una decisión judicial dependerá entonces del grado de consenso que exista en la sociedad sobre la temática tratada, es decir en una sociedad donde hay un amplio acuerdo respecto a la prohibición de la tortura no puede provocar que el acuerdo sea pospuesto hacia el futuro y no requiere un debate mucho más profundo, de forma que en una sociedad semejante con tan altos valores difícilmente podrá darse una lectura minimalista a una decisión semejante, pese a ello, existirán ciertas materias altamente controvertidas como el matrimonio homosexual, que incluso sea de manera temporal y con cierto grado de imposición a sectores sociales disidentes, necesitarán posturas amplias que den certeza a la práctica judicial, pero que constantemente serán atacadas por lecturas minimalistas.

177 F. Schauer hace referencia a los insectos concepto el cual implica una enorme variedad de clases de insectos entonces puedo hacer referencia a insectos en cuyo caso soy más amplio en mis términos o tomar únicamente a los arácnidos similarelección provoca que un juez también pueda elegir la amplitud de sus decisiones, así sostiene: "*Un tribunal al que le importa no decidir demasiado pero también ofrecer una guía podría, por ejemplo, tomar una decisión que contenga una regla precisa pero estrecha. La Corte Suprema podría haber especificado, como en el caso Miranda, casi las palabras exactas que debía contener una advertencia, pero podría haber limitado, como no lo hizo, los casos en los cuales esas palabras debían emitirse a una clase más estrecha de interrogatorios policiales o de delitos. En ese caso, habría optado por un enfoque de la decisión que estaría más cerca del extremo de las reglas en el continuo que las separa de las pautas, pero en el extremo más estrecho del continuo entre lo estrecho y lo amplio. Y así, habría hecho algo bastante distinto de lo que fue hecho en Miranda, donde la Corte estableció una regla que fue, como la clase de los insectos, tanto amplia como precisa*" (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* Marcial Pons, España, 2013, p. 207).

178 Por ejemplo cuando existe una decisión donde los votos de los magistrados son diferentes pero estos magistrados están de acuerdo con la decisión entonces la *ratio decidendi* se la entenderá como el argumento menos amplio.

V. OTRA VEZ LA CULTURA JURÍDICA

La lectura de la jurisprudencia sea minimalista o maximalista en gran medida depende de la cultura jurídica en concreto. En efecto en la tradición germano-románica existe la propensión de basar la decisión judicial en el racionalismo, es decir, en la creencia de que la razón puede darnos leyes generales para resolver casos particulares, mientras que el *common law* se tiende a basar el razonamiento en el empirismo y la necesidad de ver los hechos concretos, en otras palabras, guiarse por la experiencia. Se dice que el juez de la tradición germano-románico trata de subsumir y el juez anglosajón de resolver caso por caso para luego generalizar a partir del caso concreto.

La tradición a la cual se adscribe Bolivia, basó el razonamiento en la deducción, es decir, a tiempo de resolver una causa un Juez está acostumbrado a buscar una norma general o sentencia constitucional con la cual resolver un caso concreto, de ahí que se intenta ir de lo general a lo particular para generar una imagen en sentido de que su decisión es imparcial y objetiva frente a los ciudadanos; en cambio, en la tradición anglosajona el razonamiento que se desarrolló es inductiva, pues se acostumbra partir de una sentencia que resuelve un caso particular, que posteriormente se vuelve regla general para otros casos similares, es decir, va de lo particular a lo general.

Mientras que es común que un Tribunal Constitucional tiende a efectuar un análisis cercano al que realiza el legislador, es decir, general y conceptual, con abundante cita de doctrina, el Juez anglosajón, por ejemplo, en los Estados Unidos *"...parece encontrarse a medio camino entre la actividad de un juez ordinario y la de un juez constitucional; en cuanto implica un proceso más inductivo que deductivo, permite variaciones más amplias que el del derecho romanista…"*[179] concentrándose en datos empíricos e investigaciones científicas que hacen al caso concreto.

179 ROSENFELD, Michel. *El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 8, 2007, p. 241-282.

Lo referido provoca que la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en ninguna circunstancia resuelva casos hipotéticos o abstractos[180], mientras que un Tribunal Constitucional, esta habituado a resolver consultas previas o demandas abstractas de inconstitucionalidad, en los cuales no existen hechos sobre los cuales resolver, o que la enseñanza en las universidades de Estados Unidos se desarrolle a partir de la resolución de casos y de manera argumentativa, muy diferente a la enseñanza del derecho en un país como el boliviano que se produce a través de la memorización de normas y conceptos muy alejados a la práctica y realidad cotidiana[181].

En Bolivia por ejemplo la cultura propende al maximalismo, de ahí que no es raro encontrar en libros de jurisprudencia boliviana conceptos en lugar de razonamientos, así en el libro *Ratio Decidendi*[182] que desarrolla jurisprudencia se efectúa la pregunta de: "*¿En qué consiste la autonomía universitaria y cuáles son sus límites?*" para luego copiar el siguiente texto de la SC 235/05 de 21 de marzo:

> "*…la autonomía universitaria debe ser comprendida como la facultad que tienen las universidades para autogobernarse y autodeterminarse, en el marco que la Constitución y las leyes les señalen, por cuanto `(...) este ejercicio se encuentra limitado por la propia Constitución y por las leyes de la República, sin que tal regulación pueda entenderse como una obstrucción a la autonomía, porque la normativa universitaria debe guardar coherencia con la Constitución Política del Estado y las leyes de la República´ (SC 105/2003)´"; en ese entendido, ninguna*

180 La función de un Tribunal Constitucional no busca aumentar nuestro conocimiento del derecho sino resolver una problemática específica sometida a su competencia por eso no interesan las teorías a usar en el Tribunal Constitucional aunque sean infalibles o correctas.

181 F. Schauer sostiene que existe un gran debate sobre si la gente primero analiza lo general y luego diferencia o si lo hace justamente al revés es decir si piensa en un caso y luego recién hace abstracciones y generalizaciones: "*…el debate entre los escépticos y los tradicionalistas, si podemos llamarlos así, se resolverá en parte con la asistencia de los científicos cognitivistas, y no solamente por los abogados o los filósofos. Es un debate acerca de cómo piensa la gente y, por eso, el debate es acerca de si la gente siempre comienza con algo general y luego lo aplica a lo particular, como el desafío escéptico a veces parece sugerir, o si la gente suele comenzar con ideas o intuiciones más particulares y trata de explicarlas con posterioridad*" (SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* España, Marcial Pons, 2013, p. 112).

182 YAÑEZ CORTÉS, Arturo. *Ratio decidendi*. Talleres Gráficos Gaviota del Sur SRL, Sucre-Bolivia, 2012.

> *autonomía reconocida aún por la Constitución, no puede pretender un sistema aislado ajeno a los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico nacional y el desenvolvimiento de las instituciones dentro del Estado Social y Democrático de Derecho…*"

Es decir, se parte de la idea de que la *ratio decidendi* no requiere relacionarse al caso resuelto por el órgano de control de constitucionalidad, en igual sentido, el *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*[183] realiza diferentes transcripciones correspondientes a conceptos contenidos en resoluciones constitucionales sin hacer referencia al caso en concreto; por ejemplo, se pone el título "*Definición del término autoridad*" para luego copiar el AC 98/02-CA de 13 de marzo de 2002, en lo que referente a:

> "*Que el término de autoridad comprende 'la potestad de conducir y de hacerse obedecer dentro de ciertos límites preestablecidos, o la facultad que inviste una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas', de lo que se entiende que la acción jurisdiccional extraordinaria regulada en las previsiones contenidas en el art. 79 y siguientes de la Ley Nº 1836, sólo alcanza a los actos o resoluciones de autoridad pública, sea ésta administrativa o judicial, que son las únicas que ejercen la jurisdicción a que se refiere el art. 31 de la Constitución Política del Estado*".

Pero además, ello también es observable en la jurisprudencia constitucional a tiempo de resolverse las diferentes problemáticas, así en la SCP 2055/2012 de 16 de octubre, en una demanda de in- constitucionalidad contra el art. 4 de la Ley Marco de Autonomía y Descentralización que establece: *"La Ley Marco de Autonomías y Descentralización tiene como ámbito de aplicación a los órganos del nivel central del Estado y a las entidades territoriales autónomas*". Para contestar a la demanda de inconstitucionalidad referida a que lo regulado supondría una auto-disposición del nivel central sobre el ordenamiento constitucional con directa repercusión en las entidades territoriales autónomas, el Tribunal Constitucional procedió a utilizar el diccionario cual si fuese norma para precisar su contenido normativo sosteniéndose que:

183 PAREDES OBLITAS, José Luis, *Diccionario de jurisprudencia constitucional – Área constitucional*. 2da edición, Editorial Alexander, Cochabamba, 2008, p. 148.

"La alegación de los accionantes resulta incongruente e impreciso, careciendo de fundamentación sostenible; sin embargo, conforme al tipo de interpretación aplicable al caso es conveniente aclarar la diferenciación entre los términos aplicación y disposición.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, el término APLICACIÓN significa 'Atribución o imputación de dicho o hecho. Ejecución de una Ley. Imposición de sanción o castigo'.

A su vez el término DISPOSICIÓN, significa 'Aptitud para cumplir un fin. Orden o mandato. Resolución, fallo o decisión de un Tribunal. En derecho procesal, acto de las partes al cual reconoce la ley influencia en la resolución de algún punto del juicio'.

De las definiciones descritas, se advierte que los accionantes, en su alegación respecto a la inconstitucionalidad del art. 4 de la LMAD, usaron el término 'regulación' al referirse al ámbito de aplicación, usando ambos términos como sinónimos, pese a que ambas tienen una acepción distinta, de donde se extrae que los accionantes confundieron los términos toda vez que el artículo en análisis se refiere al ámbito de aplicación de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización y no así a ninguna regulación".

Es decir, se recurrió a conceptos genéricos contenidos en un diccionario y se procedió a subsumir a dicho concepto la norma impugnada para luego declarársela constitucional, lo que sería difícilmente aceptado en la jurisprudencia norteamericana, porque los conceptos de un diccionario están petrificados y la realidad social es dinámica, pero además porque si se trata de términos técnicos los mismos no tienen un significado ordinario o común[184].

184 Segundo V. Linares Quintana sostuvo: "*Como acertadamente ha establecido la jurisprudencia de los Tribunales de los Estados Unidos, las disposiciones constitucionales deben recibir una interpretación más amplia y liberal que las cláusulas de una ley. La interpretación de la constitución no debe conducir, con exactitud matemática, a extremos lógicos. Los preceptos de la Constitución no son fórmulas matemáticas que tiene su esencia en la forma, sino que son instituciones orgánicas vivientes. Su significado es vital, no formal, y debe ser determinado teniendo en cuenta su origen y su desenvolvimiento, y no simplemente tomando el significado de sus palabras de un diccionario. Es por ello que los juristas norteamericanos, con su tradicional sentido común, insisten en el aforismo: never cite a dictionary as authority*". (LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 341).

También es frecuente que el Tribunal Constitucional boliviano emita sentencias sistematizadoras que establezcan reglas y sub-reglas, las cuales no se apliquen al caso en concreto, pero que al entender de los magistrados resulta vinculante, labor que resulta ser casi legislativa al no implicar obviamente ejercicio de jurisdicción.

Por ejemplo, en la SC 1343/2004-R de 17 de agosto, se resuelve la problemática de una persona que dentro de un proceso judicial solicitó al Juez de la causa, nulidad de obrados, petición que fue rechazada, lo que provocó que se interponga recurso de apelación y al mismo tiempo acción de amparo constitucional, la cual fue denegada por el órgano de control de constitucionalidad porque al encontrarse pendiente de apelación la resolución impugnada no se había agotado la instancia ordinaria.

En este marco el Tribunal Constitucional estableció las siguientes reglas y sub-reglas de improcedencia del amparo por subsidiariedad: *"**1)** las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: **a)** cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y **b)** cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y **2)** las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: **a)** cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y **b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución***", utilizando el segundo supuesto del punto dos para denegar la tutela, pero no el resto de supuestos por no tener relación fáctica con el caso planteado.

Posteriormente, el efecto normativo de la SC 1343/2004-R emergió cuando empezó a ser aplicada por el órgano de control de constitucionalidad a otros casos, los cuales no tenían supuestos fácticos semejantes al caso planteado, aplicando los otros supuestos

de improcedencia cual si fuese norma jurídica genérica, así en la SC 1361/2010-R de 20 de septiembre, respecto a un caso en el cual se alegó que el Tribunal Agrario Nacional declaró infundado su recurso de casación, cuando debió haber anulado obrados por falta de acreditación de la personería, se denegó la tutela por incumplimiento al principio de subsidiariedad "…*en aplicación de la subregla contenida en el punto 2.a) de la SC 1337/2003-R de 15 de septiembre, citada en el anterior Fundamento Jurídico, determina la improcedencia de este recurso*…".

También, el propio formato de las sentencias constitucionales devela la aplicación normativa de la jurisprudencia, así en fundamentos jurídicos del fallo se comienza por copiar una sentencia que desarrolla una institución del derecho constitucional, generalmente sin hacer referencia a los supuestos fácticos que la sustentan, para luego subsumir en su siguiente punto el caso concreto a dicha cita, lo que en ciertos casos automatiza el trabajo del órgano de control de constitucionalidad[185]. Esta postura del órgano de control de constitucionalidad en los hechos hace que los tribunales pasen de la subsunción de leyes o "legiscentrismo" a la subsunción de jurisprudencia por lo que, el juez en lugar de citar una ley cita jurisprudencia, lo que en los hechos para un minimalista esto impide diferenciar la frontera entre el legislador y el juez y entre la ley y la sentencia constitucional.

185 La Función unificadora de un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo de Justicia es a través de los mecanismos previstos por la Constitución y la Ley, es decir a través de la solvencia de los argumentos utilizados en sus resoluciones y no por acuerdos, circulares, etc. o haciendo actas con Tribunales departamentales y Jueces, como fue sucediendo en Bolivia con la aplicación de la nueva legislación como ser al Código Procesal Civil (Ley 439), entre otros.

Capítulo V

ANALOGÍA Y DERECHO

I. LA IGUALDAD COMO TEORÍA COMPLEJA

El fundamento de la analogía en el derecho moderno se basa en el principio de igualdad. Las Constituciones reconocen ampliamente la igualdad[186] y a partir de ella el derecho a no ser discriminado, pero no dicen exactamente qué es lo que se considera igual, así cuando la Constitución establece que todos pagarán impuestos de acuerdo a sus posibilidades está diciendo que todos somos iguales, pero no determina cuánto es lo que exactamente debemos pagar de impuestos.

Respecto a la igualdad los Tribunales Constitucionales sostienen en general que ésta no es sinónimo de uniformidad sino que: "…*exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales…"*[187], esta noción no quiere decir otra cosa sino que el concepto de igualdad en el derecho contemporáneo implica e incluye a la diferencia, de ahí se explica que todo juez deba tomar una postura diferente con lo diferente e igual con lo igual.

En efecto, cuando en la fila de un puesto de venta de hamburguesas pedimos ser respetados como iguales estamos pidiendo se atienda según el orden de llegada, a eso le llamará principio

---

186 La Constitución boliviana en su art. 14.III establece "*El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos*".

187 La Sentencia Constitucional No. 083/2000 de 24 de noviembre, del Tribunal Constitucional boliviano establece: "…*la igualdad, en su genuino sentido, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones diferentes. sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar*…".

de "igualdad formal", pero cuando aparece una persona de la tercera edad algunos seguramente sostendrán que debe dársele preferencia en la fila y pasar adelante e invocarán el principio de "igualdad material".

Como se observa el principio de igualdad formal le impide al legislador efectuar individualizaciones o particularizaciones irrazonables de tal forma que la norma que elabore deje de ser general y abstracta, sin embargo y a la vez por la configuración de los estados contemporáneos como estados sociales de derecho se tiene que las autoridades judiciales en virtud al principio de igualdad en su vertiente material están impelidas de evaluar las diferencias relevantes de cada caso concreto, para luego determinar recién si resulta o no aplicable una diferencia, entonces, al final pueden verse enfrentadas la igualdad en el trato o igualdad formal y a la igualdad en el resultado o igualdad material[188], y la decisión judicial puede violar el principio de igualdad tanto si otorga un trato diferente a supuestos análogos o si da un trato similar o igual a supuestos diferentes.

En este sentido cuando los jueces atienden a la igualdad material les corresponde analizar no solo si existe un trato diferente sino que además estarán obligados a ver el problema estructural que hay detrás de una controversia, lo que les obligará a adoptar medidas atendiendo por ejemplo el lugar que ocupan las partes en el modelo económico de acuerdo a si son trabajadores o empleadores[189], debiéndose proteger al trabajador o atendiendo a las condiciones personales de las personas como es el caso de las

188 "*La indeterminación se presenta porque en la disposición constitucional que los establece no aparece claro a priori cuando un trato es discriminatorio, y vulnera por tanto el inciso I. artículo 13, y cuándo una omisión o una acción del Estado vulnera el deber de promoción y de protección, tipificado por los incisos 2 y 3 del mismo artículo. En este sentido, debe reconocerse que las formulaciones contenidas en estos incisos son vagas cuando observan en conjunto, pues no definen a priori para todos los casos: 1. Cuándo un trato diferenciado es discriminatorio y por consiguiente vulnera la Constitución; 2. Cuándo un trato diferenciado es constitucional, por no vulnerar la prohibición de discriminación, y 3. Cuándo un trato diferenciado cumple los deberes de promoción o de protección. En síntesis: la vaguedad se presenta porque no es claro cuando un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional*…" (BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2005).

189 La diferencia de ¿Cómo ser iguales? tiene diferentes respuestas sea desde el punto de vista liberal o socialista así no podemos ser iguales en todo por ejemplo las diferencias para los liberales como J. Locke vienen del trabajo es decir el trabajo nos hace diferentes en cambio para los socialistas la diferencia se establece por de las necesidades de cada uno.

personas de la tercera edad las cuales sin embargo no necesariamente se encuentran en una posición de vulnerabilidad respecto a otros sectores.

Es decir que atendiendo a un criterio de igualdad material el legislador puede concluir que existe población susceptible de ser discriminada y que por tanto recibe legalmente –de manera abstracta y general– mayor protección, como ser las mujeres, personas de color, niños, enfermos terminales y entre ellos a las personas de la tercera edad, haciéndose notar que en un mundo cada vez más pluralista como el contemporáneo las causales de discriminación se ven exponencialmente incrementadas[190], entonces será el juez quien en un caso en concreto deba precisar el grado de protección.

En la fila debe respetarse el orden de llegada, pero si llega una persona de la tercera edad y una persona joven pero enferma ¿a quién corresponde atender primero?, incluso exista el uniforme criterio de proteger a las personas de la tercera edad podría haber divergencia en el *quantum* y el cómo protegerlas, por lo que el vendedor de hamburguesas puede quedar confundido respecto a quien atender primero.

Si el derecho a la igualdad es relacional y no existen dos objetos exactamente iguales, debemos aceptar que dos cosas, dos personas o dos circunstancias serán iguales o desiguales dependiendo del parámetro de comparación que elijamos[191], es decir, el orden en

190 Consideremos el art. 14.II de la Constitución boliviana y los elementos que podrían utilizarse para determinar una conducta discriminatoria cuando establece: "*El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona*".

191 Respecto a la comparación como argumento persuasivo sostiene F. Schauer: "*Al trazar analogías, decimos que un aspecto de un problema actual es semejante a un aspecto de un problema pasado y que, entonces, debemos aprender del evento anterior, a veces siguiéndolo y a veces no. Por ejemplo, cuando se sostuvo durante la primera guerra contra Irak, en 1991, que Saddam Hussein era "como" Adolf Hitler, se trataba de mostrar que el hecho de que Hitler hubiera sido un dictador peligroso que invadió otros países y debió ser detenido, se seguía que Saddam Hussein, que también era un dictador peligroso que invadió otros países, debía ser detenido también. Como pocas personas habrían estado en desacuerdo con la proposición de que había sido importante detener a Hitler, aquellos que establecieron la analogía –especialmente, el presidente George H. W. Bush –tenían la esperanza de que otros concordaran en que también*

la fila dependerá de si usamos el estado de salud o la edad como parámetro de comparación.

La decisión judicial puede negar la igualdad y por tanto vulnerar la Constitución comparando aspectos irrelevantes entre objetos, personas o circunstancias o cuando hace exactamente lo contrario, dicho de otro modo, puede ignorar aspectos relevan- tes en la comparación; además, debe tomarse en cuenta que los parámetros de comparación no son estáticos sino dinámicos y móviles, de forma que se van modificando lo que a su vez cambia el test de igualdad, de manera que un acto que en su momento no se entendía como discriminatorio luego puede adquirir este matiz como sucede hoy día con las personas de color y luego con los homosexuales[192], ello debido fundamentalmente a un cambio en la valoración social.

De ahí que si la valoración social hoy día entiende que debe existir una protección incrementada a las personas de la tercera edad, entonces el dar preferencia a la persona enferma terminal vulnera el principio de igualdad, relación que puede verse modificada en el futuro y por tanto provocar se cambie el test de igualdad, lo que daría lugar a que el grado de protección pueda variar de acuerdo a los valores que deseamos proteger con mayor intensidad[193], entonces una persona puede pertenecer a más de una categoría, por ejemplo ser de la tercera edad y ser enfermo terminal[194], en conclusión tendrá mayor protección.

---

era importante detener a Saddam" y luego sostiene que los que se oponían a dicha guerra compararon ese conflicto bélico con Vietnam de lo cual concluyeron que era preferible no ingresar a dicho país para no ser derrotados"…*ambos seleccionaron sus fuentes de analogía –respectivamente, Hitler y Vietnam- entre muchos candidatos potenciales por la capacidad de la analogía resultante para persuadir a aquellos que, de otra manera, no habrían compartido su posición*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons, 2013, p.101).

192 Así la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-029/09 entendió que la garantía de no declarar en materia penal contra parientes se aplica también a los compañeros del mismo sexo todo ello y aunque no se reconozca legalmente el matrimonio entre homosexuales.

193 A decir de R. Vásquez se tiene que: "*La igualdad no es valiosa, sino se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa*" (VÁSQUEZ, Rodolfo *Derechos de las minorías y tolerancia*, DOXA, España, 1998, p. 463-476) es decir que la igualdad no puede valorarse *per se* sino respecto de un valor de ahí que no es valioso que delincuentes al interior de una organización criminal sean iguales.

194 Como se puede observar los parámetros establecidos por el art. 14 de la Constitución para determinar si existe o no existe discriminación son iguales de ahí que estas deben considerarse de forma interrelacionada y conjuntamente.

Ahora bien, determinada por la ley una preferencia en el trato, los que están adelante en la fila y estarán interesados en irse lo antes posible tienen la carga de probar que el trato diferenciado no es objetivo[195], ni razonable, alegarán por ejemplo que conocen a la persona de la tercera edad y que la misma es vegetariana y que en realidad fue enviada por su familia para evitar la fila por lo que está abusando de la consideración de los demás, es decir, estarán alegando un criterio de diferenciación material, en cambio los que la apoyen manifestarán que incluso fuera evidente lo referido por una decisión de principio tiene el derecho a un trato preferente por el solo hecho de ser una persona de la tercera edad utilizando un criterio de diferenciación formal, lo que paradójicamente invierte el análisis en cuestión, de esa manera la capacidad argumentativa influye en lo que consideramos igual y lo que consideramos desigual.

La igualdad no es un objeto y no existe en si misma sino que se la observa siempre al interior de una relación a saber, no podría decirse que una persona de la tercera edad tiene automáticamente derecho preferente en la fila porque podríamos estar ante una fila con otras personas de la misma edad, de ahí que se sostenga que el derecho a la igualdad es en esencia relacional[196], ello porque la existencia de una sociedad igualitaria sin duda dependerá de lo que se compare[197], será diferente si hablamos de igualdad ante la ley, igualdad en oportunidades, igualdad en participación, etc., lo que a su vez se ve significativamente influenciado por nuestra capacidad de argumentar y justificar.

Como consecuencia de la diferente valoración deviene en el derecho la presunción y la carga de la prueba de quien pretenda

195 En sociedades plurales las distinciones de trato no deben obedecer a apreciaciones subjetivas o interpretables como por ejemplo es la belleza.

196 "*Podríamos decir que el color no es una cosa, sino cualidad o modo de ser de otra cosa. Y si ahora pasamos a la igualdad que descubrimos entre dos columnas, nos daremos cuenta de que eso que llamamos igualdad es algo, que no es con independencia (como la columna); tampoco es como un algo adherido necesariamente a otra cosa (cual ocurre con el color), sino que es algo que existe entre dos cosas (dos columnas gemelas), cuando mi mente las compara; en suma, no es ni cosa substantiva, ni cualidad, sino que es relación*" (RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho,* Editorial PORRUA, México, 2001, p. 48).

197 La analogía depende de lo que comparamos "*La determinación del punto de comparación se basa no tanto en un conocimiento racional sino, en buena parte, en una decisión y, por lo tanto, en un ejercicio de poder…*" (KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho,* Editorial Universidad Externado, Colombia, p. 162).

desvirtuar un valor[198], por ejemplo el derecho penal se estructura ante la pregunta de: ¿es preferible que un inocente sufra una cárcel injusta o un culpable escape de la sanción?[199] La respuesta depende de la valoración, lo que a su vez resulta de un juicio moral, de manera que si el juez como parte de una sociedad concluye que es preferible que un culpable huya a que un inocente sufra una cárcel injusta, se adoptará como norma y como práctica la presunción de inocencia y quien tendrá la carga de la prueba de que se cometió un delito será la parte acusadora por tanto al interior del proceso no podrá hablarse de igualdad, en cambio si el resultado de la valoración es diferente la carga de la prueba y el principio de igualdad se invertirá.

Un juez que vive en una sociedad que da privilegios en la fila para la compra de hamburguesas a las personas enfermas respecto a la personas de la tercera edad o al revés, tendrá la carga argumentativa de justificar lo inverso, así somos iguales, no solo frente a un parámetro determinado sino que dicho parámetro se construye al mismo tiempo de forma racional.

Entonces cuando alguien quiere plantear una demanda de inconstitucionalidad contra una norma por vulnerar el principio de igualdad porque supuestamente otorga un trato "injustificado" a

198 "*Lo que en realidad provoca el test de la relevancia es una mera inversión de la carga de la prueba: es el que pretende la aplicación del principio de igualdad quien tiene que probar que las situaciones de hecho y, por tanto, que las consecuencias jurídicas deben ser iguales. Mientras si la desigualdad lo es por razón de sexo, religión, etc., el poder público debe probar que la desigualdad no debe producirse; en la desigualdad general sólo es desigualdad la desigualdad "relevante", y es el interesado quien tiene que probar esa relevancia*" (ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1984, p. 511) en esos casos el límite de la igualdad es la carga de la prueba.

199 "*Al dejar en libertad a tantos culpables, la pauta de la "prueba más allá de toda duda razonable" puede parecer una mala idea. Y ciertamente le parece así a legiones de políticos que afirman que el sistema jurídico consiente a los delincuentes y deja a demasiados escapar de los castigos que merecen. Pero William Blackstone nos ha dado la justificación canónica para el enfoque del derecho. "El derecho sostiene que es mejor que diez personas culpables escapen", escribió en 1759, "antes que una inocente sufra". Lo que Blackstone entendió era que si el sistema jurídico empelara una carga de la prueba de intensidad más baja en los casos penales, digamos del 60 por 100, podríamos esperar que de cada diez imputados cuya probabilidad de ser culpables fuese exactamente el 60 por 100 y no más, los diez irían a prisión pero solo seis de ellos serían culpables. Ningún culpable saldría libre, pero cuatro inocentes serían castigados. Y eso, para Blackstone y para el sistema jurídico que defendía, era simplemente, demasiado. Blackstone pensaba y todavía pensaría que el que personas culpables queden libres es algo desafortunado, pero que es mucho peor cuando los inocentes son condenados*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons, 2013, p. 225).

supuestos similares, implica que se debe demostrar por la parte accionante que los dos supuestos son iguales, lo que constituye una tarea argumentativa y luego de cumplida dicha tarea, la carga de la prueba de demostrar que el trato diferente es justificado y racional pasa al gobierno que en su respuesta seguramente alegará que impelido por la igualdad material estaba obligado a diferenciar los dos supuestos.

Lo objetivo en la demanda, la repuesta y la decisión, entonces serán los argumentos, pero dichos argumentos dependerán de la capacidad argumentativa de las partes, cuyo límite sin embargo dependerá de los valores sociales predominantes.

II. INTERPRETACIÓN Y ANALOGÍA

En las universidades se nos enseña que la interpretación extensiva no crea nueva norma, sino que implica elegir la opción interpretativa más amplia de las posibilidades interpretativas de una norma, entonces en propiedad la analogía se utiliza cuando no se tiene una norma jurídica a aplicar y se crea una nueva norma[200], sin embargo, la decisión judicial se constituye en la intersección de la interpretación, la analogía y la decisión[201].

En efecto, la redacción de las leyes debe hacer de estas lo suficientemente abstractas y generales para abarcar diferentes supuestos, es decir, la ley no debe agotarse en un caso concreto, no es casuista, pues lo contrario vulneraría el principio de separación de poderes, así cuando la tipificación del delito de homicidio establece una pena de cárcel por matar a otra persona no desarrolla expresamente el medio a utilizarse, siendo tan homicida el que mata con veneno como aquel que mata con un auto.

---

200 Al respecto se sostiene generalmente que: "*En la interpretación extensiva no hay actividad creadora o innovadora de derecho, pues el intérprete se limita a declarar el contenido de la norma defectuosamente expresado. En la analogía se produce en cambio una labor innovadora en el Derecho, pues se pretende regular de cierta forma una situación que la ley no contempla*" (MUR VALDIVIA, Miguel. *Elementos para la interpretación de las normas tributarias,* en Revista No. 24, Instituto Peruano Tributario, Lima, 1993, p. 49-58).

201 Respecto al tipo o descrito por la ley "*…algo único no puede ser típico. El tipo existe dentro de lo comparable, supone lo comparable y con ello lo diferenciable*" (KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho,* Editorial Universidad Externado, Colombia, p. 250) es decir que la ley cuyo carácter es general implica que la situación regulada puede poder repetirse en el tiempo en diferentes casos.

Ahora bien, el uso de un arma como agravante en la comisión de un homicidio alcanza a los revólveres pero puede que no esté claro si alcanza también a los palos de escoba.

En el razonamiento judicial el juez para resolver una problemática semejante puede hacer una comparación mental entre las armas de fuego respecto a cuyo uso está completamente seguro que genera un agravante y los palos de escoba respecto a los cuales puede no estar seguro si constituye o no un arma a efectos del agravante establecido en el Código Penal; la autoridad judicial puede concluir entonces que por el daño mayor que pueden provocar respecto al solo uso de las manos son equiparables, por lo que conceptualmente será posible ampliar el concepto de arma a los palos de escoba, o puede considerar que el daño no es tan significativo como el de un arma de fuego, pues la víctima puede por ejemplo escapar corriendo o tomar otro objeto para defenderse sin que su vida esté amenazada en la misma magnitud que con un revólver[202]. En el caso referido el resultado de la comparación influirá en la interpretación que a su vez no se mostrará expresamente en la decisión judicial como aplicación de analogía sino como un trabajo estrictamente interpretativo en su caso como interpretación extensiva[203].

En tal sentido, un juez puede razonar que si bien la norma penal no reconoce a los palos de escoba como armas, por tanto no está expresamente previsto en la norma, la aplicación del agravante se realiza por un razonamiento analógico; en cambio otro juez puede llegar a la misma conclusión sosteniendo que cuando la norma refiere a "arma" abarca tanto a los revólveres como a los palos de escoba en atención a la aplicación del principio de igualdad, en ese caso uno de los jueces utiliza la analogía de manera

202 Pero además podría suceder que no se tenga seguridad de si una problemática jurídica debe subsumirse en una ley o en otra en cuyo caso el juez comparará mentalmente las ventajas y las desventajas de la subsunción en una norma y en la otra para luego resolver.

203 F. Schauer hace referencia al caso Adams v. New Jersey Stemboat Company donde en Nueva York un pasajero que dormía en su camarote se le robó su dinero entonces se debía resolver si se aplicaba la normativa de trenes en cuyo caso no había responsabilidad del propietario del barco o si se aplicaba la ley de posaderos donde si habría responsabilidad así sostuvo: "*La cuestión era si una cabina cerrada para pasajeros de un barco de vapor era más semejante a un tren con vagón dormitorio o a un hotel*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons, 2013, p. 112) en ese caso se determinó que el camarote era más parecido a un hotel.

expresa para resolver casos que considera no están previstos y el otro utiliza la interpretación[204].

De ahí que cuando se enseña en las universidades el rechazo del uso de la analogía por el órgano judicial frente al derecho penal, en la aplicación de impuestos, cuando nos encontramos ante leyes especiales, temporales o excepcionales[205], y en general en aquellas materias que gozan de garantía de reserva legal[206] como sucede con la limitación o restricción de derechos[207], pese a ello las palabras de este tipo de leyes también tienen textura abierta por tanto son susceptibles de interpretación analógica en lo referente a su alcance y sentido, por ejemplo la distinción entre la interpretación analógica prohibida en materia penal sustantiva y la llamada interpretación extensiva tiene límites de naturaleza cuantitativa y no cualitativa.

III. LA JURISPRUDENCIA: ENTRE LO IGUAL Y LO DESIGUAL

Cuando se invoca jurisprudencia en un proceso por una de las partes procesales que entiende que dos casos son iguales, está diciendo que el juez está obligado a resolver de la misma manera como se resolvió anteriormente, pero cuando la otra parte sostiene

204 "*Lo que en la jurisprudencia se llama tradicionalmente analogía se distingue de la creación normal de derecho y, ante todo, de la llamada "interpretación teleológica", sólo en razón del grado de extensión pero no en razón de la estructura lógica del proceso. También la subsunción "corriente" es una analogía. Sólo se podría, entonces, separar lógicamente subsunción de analogía si existiese una frontera lógica entre igualdad y similitud. Pero no existe esa frontera, pues la igualdad material es siempre sólo similitud, e igualdad formal no se presenta en la realidad, ella "existe" sólo en el campo de los números y de los signos matemáticos (lógico formales)*" (KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho,* Editorial Externado, Colombia, p. 248).

205 La doctrina sostiene que si una ley es excepcional -como el que se presenta durante los estados de excepción- la misma no puede aplicarse en otro caso a título de analogía en cambio las leyes especiales si, así: "…*la cuestión resulta particularmente clara por lo que se refiere a la analogía iuris o recurso a los principios generales del derecho, dado que, como hemos señalado, el derecho excepcional se caracteriza precisamente por ir en contra de esos principios o, más bien, por carecer de todo tipo de principios. De manera que, por definición, no existen principios de derecho excepcional susceptibles de ser aplicados en defecto de ley excepcional*" (TALAVERA, Pedro. *Interpretación, integración y argumentación jurídica,* Editorial El País, Bolivia, 2008, p. 167).

206 No es posible utilizar por los jueces la analogía cuando la Constitución expresamente establece que una determinada situación jurídica se regule por la ley o por el gobierno.

207 El art. 109.II de la Constitución boliviana establece: "*Los derechos y sus garantías sólo podrán ser reglados por la ley*".

que entre los dos tipos de casos existe disimilitud, entonces para esta otra parte el juez no estará frente a jurisprudencia vinculante pudiendo resolverse de una manera diferente la problemática sometida a su competencia[208].

En efecto, el deber de diferenciar lo diferente y dar un trato similar a lo igual en el derecho en la igualdad se traduce "en" la ley referida a un mismo trato ante la legislación, e igualdad "ante" la ley referida a la aplicación de la ley[209], de forma que bajo este último enfoque no es suficiente ser tratados de forma igual ante la ley sino ante las sentencias constitucionales, sin embargo, la determinación de si dos sentencias son análogas o no en la práctica es un tema bastante complejo, pues como se vio la igualdad puede depender del parámetro de comparación, el cual se construye por el juez en un determinado contexto valorativo[210].

La analogía –en este sentido– es importante incluso en la disociación que consiste en la operación mental de distinguir[211], de manera que se considera como lo opuesto a la analogía que en los hechos también la permite. Por ejemplo consideremos el término de seis meses para interponer el amparo constitucional, el cual se computa desde conocido el hecho o desde la notificación con la última resolución judicial o administrativa[212], en ese contexto,

208 "*Quizás puede parecerle sorprendente a algunos, pero un argumento jurídico es un mejor argumento jurídico solo porque alguien lo usó antes, y una conclusión jurídica es mejor solo porque otro tribunal ha llegado a ella con anterioridad. El uso de una fuente con autoridad que no es necesariamente más persuasiva o más imperativa que otra que podría ser usada para fundar una proposición opuesta, da al menos la mínima seguridad de que el usuario de la fuente no está, simplemente, inventando el argumento de la nada*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado.* Editorial Marcial Pons, 2013, p. 88).

209 Para otros la igualdad "ante" la ley implica: 1) igualdad "en" la ley y 2) igualdad "en la aplicación" de la ley. Por su parte la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-256 de 1993 sostuvo que: "*El derecho de igualdad ante la ley abarca dos hipótesis claramente distinguibles; la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley*".

210 Para comparar se puede utilizar la semejanza del objeto regulado o por la finalidad que busca la norma por su parte Manuel Atienza dice podemos comparar al menos: 1) Entidades por ejemplo la torpeza es de blancos y de negros, 2) La semejanza entre relaciones y 3) Argumentos así si la norma prohíbe la pelea de toros también y por analogía resultaría prohibidas las peleas de perros.

211 Por ejemplo existe una disociación en Bolivia porque la Constitución protege a progenitores pero otorga permiso de 45 días a la madre luego del embarazo y al padre únicamente 3 días cual si el cuidado de los hijos únicamente se debiera efectuar por la madre.

212 La Constitución boliviana en su art. 129.II establece "*La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial*".

imaginemos que una persona recibía asistencia de hemodiálisis la cual se le corta de manera ilegal y por mal asesoramiento interpone la demanda de amparo constitucional fuera de término, es decir, a los seis meses y un día.

En las llamadas lagunas axiológicas el juzgador no se encuentra de acuerdo con la decisión legislativa existente por considerar que arriba a un resultado injusto, así en el caso referido el juez puede pensar que el término de seis meses no debería aplicarse, pues presume que seguramente si el legislador hubiese pensado en este supuesto habría establecido una excepción a dicho término y pensará que por tanto existe una laguna jurídica respecto a los casos en los cuales hay una vulneración permanente de un derecho básico como es el derecho a la vida; al respecto, las lagunas axiológicas permitirán disociar el caso referido de la regla normativa, lo que permite al juez crear o identificar principios implícitos o subsumir por analogía en otra norma que establezca en el citado caso que si no existe un plazo en el ordenamiento debe aplicarse un término razonable, de ahí que las lagunas axiológicas permiten disociar y luego subsumir en una norma diferente.

La naturaleza de la analogía no tiene carácter lógico, entonces no es posible el uso del silogismo[213], de ahí que el juez puede aplicar la analogía entendiendo que en el caso narrado existe una

213 "*El uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del Derecho (por eso no es un procedimiento estrictamente lógico), pero la analogía no es una fuente de Derecho, según el concepto habitual de fuente; lo que aquí puede considerarse fuente (esto es, el antecedente de una determinada norma) no es la analogía misma, sino la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico*" (ATIENZA, Manuel. *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 2, 1985) en este sentido la analogía no es de carácter lógico sino argumentativo entonces debe tomarse en cuenta que: "*…la relación entre el caso no regulado y el principio general es una relación de subsunción entre la especie y el género, mientras que la relación entre el caso no regula y el regulado cuya consecuencia jurídica se aplica analógicamente al primero sería de caso a caso, de materia a materia, de lo particular a lo particular. Para los segundos el problema de la analogía y el de los principios generales sería sustancialmente idéntico; la única diferencia estribaría en que los principios son referidos al caso concreto "en vía directa", mientas que con la analogía es precisa la intervención de una norma subordinada, es decir, en el primer caso el principio se aplica de forma "inmediata" y en el segundo de forma "mediata"…"* (EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional española.* Instituto Vasco de Administración Pública - Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1987, p. 50).

laguna jurídica e introducir cambios en el derecho, o negará la existencia de la laguna jurídica aplicando la norma existente[214].

Sin embargo para otros jueces –en el caso planteado– el resultado deberá ser diferente, así probablemente aplicarán el argumento *a contrario,* es decir, entenderán que si el legislador hubiese querido excluir de la norma los casos que presenten vulneración permanente de derechos lo hubiesen previsto expresamente, por lo que bajo la idea de que la ley es dura pero es la ley procederán a denegar la tutela o declararán improbada la demanda bajo el entendido de que no existe laguna jurídica y debe aplicarse la norma expresa existente.

Ahora bien, si la vinculatoriedad de una decisión judicial en un caso que llamamos precedente a otro caso que entendemos como análogo[215], se sustenta y es resultado de una comparación entre las dos problemáticas a conocerse por un mismo juez o tribunal[216], puede usarse en la decisión judicial la analogía para extender o reducir el alcance de la jurisprudencia vigente al grado que se hace difícil saber cuándo exactamente una corte está cambiando de jurisprudencia o distinguiendo un caso de otro[217].

Respecto al uso que hacen los jueces de la analogía para apartarse de la jurisprudencia vinculante sin reconocerlo, haré un análisis en el marco de lo que consideramos como *ratio decidendi*

214 "*La disimilitud puede ser más bien comprendida a partir de la distinción entre un acto de un fotógrafo y la actividad de un pintor. Aunque el fotógrafo pueda retratar y dar significado particular a un paisaje, atribuyéndole interpretación, es cierto que la fotografía congela la interpretación del pasado, mientras que el pintor va con el pasar de los días, dando forma y significado a su pintura, hasta terminarla. Si se aparta de la premisa de que la interpretación siempre genera una nueva ratio, tornando la ratio interpretada sin autoridad, se reduce la importancia de la distinción que fue hecha*" (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013. p. 288).

215 "*…si el caso posterior no reviste supuestos de hecho idénticos o análogos, el juez tampoco tiene la obligación de aplicar el precedente judicial*" (BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente en Colombia.* Revista Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, en Revista de Derecho del Estado, Externado, 2008, 81-94).

216 La utilización del razonamiento analógico puede ser fáctico como sucede con las sentencias tutelares que resuelven casos concretos o conceptual que básicamente refiere a sentencias de control normativo.

217 La diferencia entre "seguir" o "continuar" la jurisprudencia es difícil de determinar así pensemos en el famoso caso Brown contra Consejo de Educación de Topeka, 347 U.S. 483 (1954) el caso trató de segregación en escuelas públicas pero la Corte posteriormente lo utilizó como precedente a otras áreas diferentes al ámbito educativo.

concebida como argumento o como hechos que hacen a un caso concreto.

Una sentencia que establezca que la separación de bienes dentro un matrimonio civil debe efectuarse desde la fecha de la separación física de los cónyuges y no desde la resolución que dispone la separación, puede provocar que en una siguiente sentencia interpretando la primera se entienda que dicho razonamiento alcanza también al matrimonio de hecho.

Cuando a una *ratio decidendi* se la entiende como un argumento racional la analogía puede identificarse a partir del principio del derecho que sostiene: *donde hay la misma razón, hay el mismo derecho,* por tanto no es suficiente que los jueces vean que dos casos sean similares sino que les alcance la misma razón, sin embargo, en el caso referido la segunda sentencia a título de determinar el alcance de la *ratio decidendi* de la primera la modifica ampliando sus alcances lo que en el fondo implica la utilización de la analogía.

Como se sabe la analogía implica ir de un particular a otro particular sin generalización, en este sentido, en los hechos la determinación de la existencia de la misma razón en dos sentencias puede resultar muy confusa, por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia en materia penal mediante el Auto Supremo No. 173/2012 sostuvo respecto al precedente invocado, que el mismo refería a un delito de sustancias controladas y que el proceso que conocía era un delito de lesiones, y en su criterio era: "…*imposible que sean contradictorios*…"[218], empero, el Tribunal Constitucional a través de la SCP 0776/2013 de 10 de junio, no coincidió con dicho criterio y estableció que los magistrados demandados se limitaron a comparar tipos penales sin observar

218 También el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional No. 1360/2003-R manifestó que no se podía invocar en un recurso de amparo constitucional una sentencia emergente de un Recurso Directo de Nulidad ello debido a que el: *"...recurso directo de nulidad que tuvo por finalidad determinar si la resolución impugnada de nula fue o no dictada con jurisdicción y competencia, finalidad y naturaleza completamente distinta a la de esta acción extraordinaria, que tiene por objeto otorgar una protección inmediata, idónea y eficaz cuando se constata vulneración o amenaza de derechos fundamentales y garantías constitucionales. Precisamente por ello, la consideración sobre los alcances de la anulación de obrados expresada en la SC 45/2003, no constituyen la ratio decidendi del fallo, sino una óbiter dicta, es decir, un argumento dicho de pasada"* puestas así las cosas la decisión resulta al menos controvertible.

que la propia: "…*redacción genérica en los Autos Supremos de la "doctrina legal aplicable", no es fortuita, pues se dirige a todos los órganos jurisdiccionales penales de manera que los mismos puedan seguir sus entendimientos más que el tenor literal de sus palabras, es decir, para este Tribunal, resulta claro que si el Tribunal Supremo de Justicia, en su doctrina legal aplicable identifica especificidades de un tipo penal (norma penal sustantiva), dicho precedente contradictorio únicamente puede invocarse en supuestos análogos pero si desarrolla aspectos procesales o genéricos no relacionados a un tipo penal específico se entiende aplicable a todos los supuestos fácticos análogos*"[219].

Ahora bien, muchas veces sucede que la decisión judicial no tiene argumentación coherente[220], o esta no existe, o resulta muy ligera, entonces para algunos profesores debe atenderse a los hechos que hacen a un caso concreto, por ejemplo si un juez admite una solicitud de fotocopias hecha por un demandado con una providencia que no requiere fundamentación[221], es decir, sin fundamentación jurídica alguna, corresponde que si otro co-demandado que también requiere fotocopias y se encuentra en la misma circunstancia, también pueda obtenerlas, al encontrarse en el mismo supuesto fáctico, siéndole por tanto al juez vinculante su decisión anterior aunque no hubiese tenido fundamentación alguna lo que por tanto le obliga a justificar si decide no dar las copias solicitadas en el segundo caso[222].

Por supuesto que vista la *ratio decidendi* desde los supuestos fácticos para determinar si una decisión es vinculante o no lo es, corresponde identificar primero los hechos relevantes de un caso considerado como precedente –por ejemplo– si refiere a una aprehensión ilegal por no existir orden escrita debidamente fundamentada, resultando irrelevantes el nombre de la calle donde se produjo la aprehensión o si el nombre del aprehendido era "Alberto" o "Pedro", en ese caso dichos datos se considerarán *obiter dicta* respecto al hecho principal, de ahí que: "*Hay una diferencia*

219 "*La analogía implica en sí misma sin duda notables peligros, pues sus límites son difíciles de demarcar*" (KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho,* Editorial Universidad Externado, Colombia, p. 121).

220 Cuando no se entienden las razones que utiliza el Tribunal Constitucional entonces uno cree que lo que vincula es el resultado y los hechos.

221 Se resolverá con una mera providencia de mero trámite que no requiere fundamentación tal como la de "franquéese".

222 Entonces si un fallo no tuviese *ratio decidendi* y fuese puro *decisum* aún podría entenderse como vinculante.

entre "hechos del caso" y "hechos tomados como fundamentales para la decisión"…"[223].

Esta diferenciación puede generar mucha controversia respecto a lo que debe considerarse como hechos relevantes y por tanto vinculantes, Hart pone como ejemplo a un padre que le dice a su hijo al ingresar a una iglesia que siga su ejemplo el mismo se quita el sombrero pero entonces el niño no sabrá si el hecho de quitarse el sombrero con la mano izquierda y no con la derecha es algo relevante o irrelevante y probablemente le quedará la duda respecto a: ¿Cuáles son las reglas relevantes para ingresar a una iglesia y que su padre como modelo de autoridad sigue?[224]

Pensemos en la Sentencia Constitucional 1508/2011-R de 11 de octubre, que corresponde a una acción de libertad, en la cual se había denunciado que los Vocales demandados suspendieron indebidamente una audiencia de apelación cautelar con el argumento de que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia no había asistido, concediéndose la tutela porque: *"…la ausencia del representante de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, así como del representante del Ministerio Público, no impedían en absoluto la realización del acto procesal…*" posteriormente, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0685/2013 de 3 de junio, la accionante también sostuvo que se le suspendió la audiencia de apelación cautelar por la ausencia de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, invocando como vinculante de manera expresa la referida SC 1508/2011-R; sin embargo, se denegó la tutela argumentándose que los supuestos fácticos no eran similares; en este segundo caso, se sostuvo que la accionante estaba siendo procesada por su presunta participación en la "violación" de su

223 MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013. p. 290.

224 "*La comunicación por el ejemplo, en todas sus formas, aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance general, tales como "Haz lo que yo hago", puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello de dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar, incluso respecto de cuestiones que la persona que trata de comunicarse ha tenido claramente en mira. ¿Hasta dónde debe llegar la imitación? ¿Tiene importancia que nos quitemos el sombrero con la mano izquierda, en lugar de hacerlo con la derecha? ¿Qué lo hagamos lenta o rápidamente¿ ¿Qué coloquemos el sombrero debajo del asiento? ¿Qué no volvamos a cubrirnos dentro de la iglesia? Todas éstas son variantes de preguntas generales que el niño podría formularse: "¿En qué tiene que parecerse mi conducta a la suya para ser correcta?" "Qué parte precisamente de su conducta ha de ser mi guía?" Al comprender el ejemplo, el niño repara en algunos de sus aspectos más que en otros…*" (HART, HLA, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Argentina, 2012. p. 156). En el mismo sentido podríamos preguntarnos: ¿Cuál es la *ratio decidendi* –si se puede decir así- de las parábolas de Jesús?

hija menor de trece años por parte de su concubino, de forma que en este caso, a diferencia de lo ocurrido en la SC 1508/2011-R, si no se suspendía la audiencia de apelación cautelar, la víctima menor quedaría sin representación legal alguna, pues el Ministerio Público por el principio de objetividad no representa los intereses de la víctima. El Tribunal Constitucional estableció que: *"...en el presente caso debe considerarse que la menor víctima es hija de la imputada –ahora accionante– por lo que al no tener la víctima mayor representación que proteja sus intereses la Defensoría de la Niñez y Adolescencia es una instancia idónea, es decir, bajo los supuestos fácticos del presente caso la exigencia por parte de las autoridades demandadas de la asistencia de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia para representar los intereses de la víctima asegura igualdad material que a contrario de la igualdad formal supone la adopción de medidas para que las partes procesales cuenten con similares condiciones y oportunidades que les permita ejercer sus derechos y proteger sus intereses en este caso el interés superior del niño*".

En ambos casos el objeto de la decisión era la misma, la falta de atención al principio de celeridad en una audiencia de la cual podía depender la libertad de la parte imputada; sin embargo, se alegó que los supuestos fácticos eran diferentes en la medida en la que la falta de representación de la víctima, a criterio del Tribunal Constitucional constituía un nuevo elemento que hacía a la problemática diferente de la anterior.

Entonces, se puede decir que dos problemáticas pueden ser muy semejantes pero la analogía entre los dos supuestos fácticos está subordinada a la interpretación de la primera sentencia constitucional, pero además, esa interpretación está a su vez subordinada a criterios valorativos de los magistrados, como ocurrió en el segundo caso referido, donde se entendió como injusto seguir la línea jurisprudencial y existió un apartamiento de la misma.

Pero la facultad discrecional de los jueces en el uso de la analogía no es absoluta, pues si bien consideramos que no existen en la vida real dos casos absolutamente iguales, al mismo tiempo son similares en una mayor o menor medida[225], es decir, si las

225 "*Una posición común es que el caso precedente en un precedente no solo para casos más o menos idénticos en lo futuro, sino también para casos similares, esto es, que tratan sobre hechos similares*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado.* Editorial Marcial Pons, 2013, p. 61).

diferencias relevantes entre problemáticas judiciales son aquellas que están justificadas, entonces lo que consideramos igual o diferente dependerá de nuestra capacidad argumentativa la cual también será limitada.

Pensemos en los siguientes dos casos[226]:

La Constitución boliviana inspirada por los tratados internacionales de derechos humanos[227] resguarda el pago de la asistencia económica a favor de los menores de edad, en general por sus padres, con la advertencia de aplicar mandamiento de apremio en caso de incumplimiento, lo que implica cárcel para el obligado, de esta forma la jurisprudencia constitucional entiende que dicha asistencia debe ser inmediata y que por ningún motivo puede suspenderse en su provisión, pues no puede pedírsele al menor beneficiado espere en sus necesidades materiales[228].

Ahora bien, la Sentencia Constitucional 2030/2013 de 13 de noviembre, refería a una persona que fue apremiada por incumplimiento de asistencia familiar durante la vacación judicial, ignorándose en su criterio la Circular del Tribunal Departamental que suspendía durante la vacación judicial la ejecución de cualquier mandamiento de apremio. El Tribunal Constitucional concedió la tutela y ordenó su inmediata libertad incluso no haya cancelado la asistencia familiar alegando seguir la jurisprudencia

226 Pretendo mostrar lo siguiente: "*…si se conjuran, como de ordinario ocurre, los peligros de la analogía, entonces tales peligros no se disminuyen, sino que, por el contrario, resultan más peligroso que la analogía misma, cuando no se reconocen las analogías como tales, lo cual es especialmente crítico en el efecto de la prohibición de analogía en el derecho penal*" (KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho,* Editorial Universidad Externado, Colombia, p. 164)

227 El art.7.7 establece: "*Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios*".

228 Por ejemplo la SC 474/2005-R de 5 de mayo, denegó la acción de libertad de una persona que alegaba que pese a observar la liquidación del monto adeudado de asistencia familiar y encontrarse pendiente la resolución a dicha observación se libró en su contra mandamiento de apremio, entonces se denegó la tutela alegándose que: "*Los arts. 149, 436 del CF y 11 de la Ley de abolición de prisión y apremio corporal por obligaciones patrimoniales (LAPACOP), establecen que el cumplimiento de la asistencia familiar es inexcusable bajo prevención de expedirse el mandamiento de apremio y su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno bajo responsabilidad del juez y del fiscal, en razón a que la asistencia familiar, está vinculada a derechos fundamentales cuyos titulares son menores de edad, a quienes la Constitución en su art. 193, les otorga especial protección, bajo ese entendimiento la tutela del hábeas corpus no puede ser otorgada para esquivar dicha obligación. Así, la SC 0436/2003-R, de 7 de abril*". Dicho entendimiento es uniforme en la jurisprudencia boliviana.

establecida en la SC 0141/2001-R de 15 de febrero, que establece que en el periodo de vacaciones, al no existir juez cautelar, no debió detenerse al demandante, pues este no tendría instancia a la cual reclamar generándosele indefensión[229].

Esta sentencia en mi criterio: 1. No era aplicable al caso referido porque los supuestos fácticos no eran semejantes, la jurisprudencia invocada era anterior a la Ley del Órgano Judicial promulgada el 24 de junio de 2010, en este sentido, dicha norma ya había establecido en su art. 126.II que: "*El Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales Departamentales de Justicia, en la programación de sus vacaciones, deberán garantizar la continuidad del servicio judicial en todas las materias*", por tanto, si bien los supuestos fácticos eran similares se tiene que el contexto normativo, es decir, supuesto legal de una decisión a la otra era diferente, de ahí que entiendo que una decisión no era vinculante a la otra. 2. En realidad la SC 0141/2001-R citada expresamente en la SCP 2030/2013 rechazó un *habeas corpus* de una persona que alegaba haber sido apremiada en vacación judicial con el siguiente argumento: "*Que en el caso de autos, la Circular referida no puede ni debe ser aplicada, pues sus efectos están limitados al período de la vacación judicial colectiva donde existe una verdadera disminución de las funciones de la administración de justicia no así a la vacación que corresponde a los funcionarios del Juzgado Primero de Partido de Familia, quienes se quedaron de turno durante la vacación judicial, correspondiendo en esa situación dar aplicación al art. 145 de la Ley de Organización Judicial que establece: "en caso de excusa, recusación u otro impedimento del Juez, el proceso pasará a conocimiento del siguiente en número de la misma materia, y en caso de impedimento de todos, a los de materia civil y penal, en ese orden*", entonces, en realidad la decisión judicial analizada al alegar que seguía el entendimiento judicial se apartó de la jurisprudencia expresa[230].

---

229 Se señaló entonces que: "…*la jurisprudencia constitucional, inherente a la ejecución de mandamientos durante la vacación judicial ha señalado que los mismos no pueden ser ejecutados para evitar la posible vulneración de derechos fundamentales, en consideración a que éstos tienen distinta finalidad y otros están condicionados al cumplimiento de diferentes obligaciones y que ante la eventualidad de que puedan ser cumplidas inmediatamente, el afectado pueda seguir privado de su libertad por no existir autoridad jurisdiccional competente que disponga su libertad, al estar suspendida su jurisdicción en virtud del descanso, conforme lo especifica el art. 31 de la Ley de Organización Judicial (LOJ)*".

230 En otro caso el Tribunal Constitucional a través de la SC 099/2010-R de 10 de mayo, estableció que la garantía del juez natural en su elemento competencia se

Otro caso que puedo citar es el contenido en la SCP 1179/2013 de 30 de julio, referido a una persona que estaba siendo procesada en rebeldía por un supuesto delito de corrupción, y frente a una decisión adversa su abogado defensor de oficio procedió a presentar amparo constitucional, el cual fue denegado alegándose que se seguía jurisprudencia consolidada contenida en la SC 0549/2004- R de 13 de abril, donde se sostuvo que la Constitución establecía expresamente las personas legitimadas para interponer el amparo constitucional sin tener un poder específico, entre las cuales no se encontraba el defensor de oficio, por lo que en criterio de la referida sentencia correspondía seguir la jurisprudencia.

Considero que los supuestos normativos eran diferentes lo que hacía distintos los supuestos fácticos, es decir, el art. 19 de la Constitución del año 1967 de donde surgió la jurisprudencia establecía: "*…se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente*…", en cambio: el art. 129.I de la Constitución actual establece: "*La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución*…", entonces creo que la similitud dependía de la interpretación del texto, el cual no podía dejar de estar presente en la citada sentencia, lo que quiere decir que cuando se establece: "*…por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución*…" podía interpretarse que solo puede interponerse por autoridades nombradas expresamente por la Constitución, en cuyo caso, por ejemplo se impediría a los padres a interponer amparos constitucionales para proteger los derechos de sus hijos lactantes al no estar expresamente nombrados en la Constitución y por no tener poder expreso a dicho efecto, o podía entenderse de una manera más amplia como a aquellas personas con competencia, facultad o deber "correspondiente" establecido en la ley o un contrato, quienes deben adoptar las medidas para

protegía por el recurso directo de nulidad y no por el amparo constitucional, luego en la SC 1162/2010-R de 27 de agosto, ante la impugnación de la actuación de fiscales adjuntos tras citarse la SC 099/2010 referida al juez natural, se denegó la tutela aplicando dicho entendimiento, estableciendo que la impugnación de los actos fiscales adjuntos debía hacerse mediante el recurso directo de nulidad, sin explicar cómo la actuación de un fiscal adjunto era equiparable a la garantía del juez natural.

realizar los derechos y deberes de terceras personas en estado de indefensión acreditado.

Es posible que la segunda interpretación requiera más argumentación que la primera, pero sin duda alguna entre la interpretación restringida y extensiva –en todo caso– debió admitirse la interpretación más amplia al derecho a la defensa, debido a que la jurisprudencia invocada se aplicó en general cuando no era posible instalar un juicio contra un imputado si el mismo estaba ausente, en cambio con la Ley No. 004 que también es posterior a la jurisprudencia invocada ello es posible, de ahí que la indefensión incluso era más evidente[231]. Dos casos pueden ser iguales y variar el contexto normativo y por tanto ser diferentes, como ya se sostuvo en este capítulo dicha diferencia debería analizarse en el marco de los valores constitucionales, en este caso del derecho a la defensa.

231 El voto disidente de la magistrada Neldy Andrade sostuvo que la Constitución: "*…garantiza un derecho a una defensa amplia en materia penal, lo que posibilita a los defensores públicos y de oficio la posibilidad de formular acciones tutelares, más aun considerando dos aspectos de relevancia en el caso concreto: i) Los delitos por los cuales se sigue el proceso penal se encuentran comprendidos dentro de los de corrupción (art. 24 de la Ley 004), por lo cual es posible la continuación del juicio en rebeldía del imputado, hasta la culminación del mismo (modificación del art. 91 del CPP por el art. 36 de la Ley 004) aspecto que no sucedía a tiempo de concebirse la SC 0549/2004-R; y, ii) Si bien existe la figura del Defensor del Pueblo como legitimado activo a efectos de interponer amparos constitucionales, no admitir la posibilidad de que los defensores de oficio en los procesos penales seguidos en rebeldía puedan interponer este tipo de acciones constitucionales implicaría dejar en serio estado de indefensión a los penalmente procesados lo que podría devenir en responsabilidad internacional del Estado*".

PARA REFLEXIONAR LO AVANZADO

Imaginemos un caso penal por el supuesto delito de violación, en el cual el fiscal competente dispone el sobreseimiento, que es una resolución con efectos similares a una sentencia absolutoria, entonces contra esa determinación la víctima puede interponer dentro de los cinco siguientes días a su notificación la "impugnación" prevista en el art. 324 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, en el caso ahora expuesto el abogado de la víctima equivoca la terminología en la suma y petitorio de su memorial y plantea "objeción", figura jurídica que conforme el art. del 305 Código de Procedimiento Penal procede contra resoluciones fiscales que disponen el rechazo a denuncias, querellas o intervenciones preventivas aunque el plazo de interposición y trámite es el mismo que las impugnaciones a sobreseimientos.

El Fiscal Departamental alegando error en el planteamiento de la impugnación rechaza la misma sin ingresar a conocer el fondo de la problemática lo que provoca que la supuesta víctima del delito de la violación interponga amparo constitucional.

Usted es juez de garantías y debe revisar la decisión del Fiscal Departamental, para lo cual se le solicita pueda resolver los siguientes aspectos:

PREGUNTAS EMERGENTES DEL CASO PLANTEADO

La identificación correcta de una impugnación: ¿es irrelevante al grado de que por ejemplo a un "recurso de apelación" se lo llame "recurso jerárquico" y no tenga mayor óbice para que la autoridad judicial o administrativa ingrese a conocer el fondo de la problemática, o impide que un tribunal u órgano superior conozca el fondo de lo planteado?

¿Deben y pueden los jueces subsanar errores de los abogados de las partes?

¿Son el imputado y la víctima iguales en un proceso penal?

El *in dubio pro reo* ¿recae únicamente sobre la valoración probatoria o alcanza a la interpretación de la norma adjetiva penal desfavorable?

¿La interpretación más favorable en el presente caso implica aplicar el *in dubio pro actione* o aplicar el *in dubio pro reo*?

Capítulo VI

DE LO GENERAL A LO PARTICULAR EN LA DECISIÓN JUDICIAL

I. LO VINCULANTE Y LO OBLIGATORIO EN LA DECISIÓN JUDICIAL

En el año 2006, exactamente el 10 de marzo de esa gestión, se interpuso un habeas corpus alegándose que dentro de un proceso penal los fiscales libraron mandamiento de aprehensión pese a conocer que el imputado había promovido un incidente de recusación contra el juez cautelar encargado del control jurisdiccional de los actos fiscales; y como este tipo de acciones constitucionales se resuelven inicialmente por jueces ordinarios, la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, en fecha 13 de marzo del mismo año, denegó la tutela entendiendo que lo denunciado no podía conocerse a través de un habeas corpus, decisión que se remitió de oficio en revisión al Tribunal Constitucional en la ciudad de Sucre, y mediante sentencia 0396/2006-R de 25 de abril de 2006 este Tribunal estableció que si bien ese tipo de caso presentado no estaba regulado expresamente por el Código de Procedimiento Penal debía remitirse antecedentes al juez siguiente en número para que ejerza el respectivo control jurisdiccional de la aprehensión.

Paralelamente en fecha 24 de marzo de 2006 se interpuso otro habeas corpus debido a que otros fiscales libraron mandamiento de aprehensión para que el imputado preste su declaración, pero el imputado en ese caso también había recusado al juez cautelar, dicha acción constitucional igual que la anterior fue denegada por la Jueza Segunda de Sentencia el 27 de marzo de 2006, sin embargo, revisando este segundo caso se observa que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia 0497/2006-R de 24 de mayo

de 2006, la cual cita la sentencia 0396/2006-R ya referida, y concluye: "*De lo señalado se infiere que de no remitirse el caso al juez suplente, toda actividad realizada dentro de la investigación por los fiscales y la Policía Nacional, sin que materialmente exista un control jurisdiccional, es ilegal y vulnera derechos y garantías*", decisión complementada por el auto constitucional 0029/2006-ECA de 15 de agosto de 2006, que dispuso se califique daños y perjuicios a los fiscales por no encontrarse excusable su actuación.

Ahora bien, debemos recordar que en Bolivia se sostiene que cuando la Constitución afirma 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*"[232], la parte resolutiva o *decisum* es "obligatoria" únicamente a las partes procesales que intervinieron al interior del proceso judicial, mientras que la otra parte en la sentencia, más amplia y que llamamos *ratio decidendi,* es vinculante a todos los casos similares. La decisión se agota con la sentencia constitucional pero la razón de la decisión trasciende del caso concreto alcanzando a todas las personas que se encuentren en el mismo supuesto fáctico[233], entonces una sentencia es "obligatoria" desde su notificación a las partes procesales pero sólo es "vinculante" desde su publicación[234].

La sentencia 0396/2006-R y su razonamiento no podía considerarse como vinculante a casos planteados con anterioridad a su publicación porque la decisión humanamente no podía ser conocida, y es más, en primera instancia ese caso había sido

232 El art. 203 de la Constitución boliviana establece: "*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*".

233 Así por ejemplo si pensamos en un caso en el que todos los magistrados de un tribunal estén de acuerdo con el resultado pero no con la fundamentación entonces podemos decir que en ese caso no existiría una *ratio decidendi* pero si existiría *decisum*.

234 Respecto a la diferencia entre obligatoriedad y vinculatoriedad de las sentencias constitucionales, tenemos que en la SC 1781/2004-R de 16 de noviembre, el actor en representación de SABSA sostuvo que los vocales recurridos rechazaron su demanda de desalojo alegando indebidamente que en las SSCC 1283/2001-R, 1334/2001-R habrían ordenado que el local de la demandada al contar con autorización de funcionamiento vigente por la Aduana Nacional no debía cerrarse; declarándose procedente el recurso argumentándose que SABSA no participó en los referidos recursos constitucionales; por lo que, las mismas no les eran obligatorias y además que tampoco le eran vinculantes debido a que sus supuestos fácticos no eran análogos al caso concreto.

denegado de forma que para los fiscales era razonable pensar que dicho entendimiento podría ser ratificado por el órgano de control de constitucionalidad, es decir que la *ratio decidendi* en el caso de la sentencia 0396/2006 por sí misma no podía determinar la calificación de daños y perjuicios contenida en el *decisum* de la sentencia 0497/2006-R, de ahí que al disponerse en esta última sentencia calificación de daños y perjuicios a pagar por los fiscales –en mi criterio– se lesionó la seguridad jurídica y la confianza legítima, más aún porque se tiene que la falta de remisión del proceso al juzgado siguiente en número no era imputable a los fiscales sino al juez recusado quien no fue demandado en la acción de libertad.

Debe recordarse que una decisión judicial cumple al menos dos funciones principales, por una parte proteger los derechos subjetivos de personas concretas, y al mismo tiempo la defensa del orden público constitucional, último aspecto que explica la vinculatoriedad de las decisiones judiciales, es decir, la sentencia busca resolver una problemática concreta y al mismo tiempo coadyuvar a resolver futuras causas similares a la presentada.

En el caso referido quien hizo la sentencia 0497/2006-R confundió ambas funciones y conceptos[235], de forma que la función de defensa del orden público constitucional lesionó la garantía de seguridad jurídica, propia de las funciones del Ministerio Público, lo que nos recuerda sin duda la crítica formulada por J. Bentham al *common law* con estas palabras: "*Cuando tu perro hace algo que tú no quieres que haga, esperas que lo haga y entonces lo golpeas. Esta*

235 La diferenciación entre *ratio decidendi* y *decisum* también puede pensarse a partir de la distinción entre principios y reglas. En el famoso caso Riggs v. Palmer citado por R. Dworkin en su libro: "*Los derechos en serio*" en el mismo debía determinarse si correspondía otorgar una herencia a un nieto el cual había sido instituido por su abuelo como heredero y que procedió a matarlo antes de que el mismo pueda cambiar su testamento todo ello sucedió con el contexto que daba el Código Civil de Nueva York el cual no establecía causales de indignidad entonces la Corte Suprema de dicho Estado rechazó el pedido de herencia del nieto utilizando el principio de que: "*nadie puede beneficiarse de sus propio dolo*". Podemos considerar que los argumentos utilizados por un tribunal en su decisión son necesariamente abstractos por tanto generales entonces los mismos son aplicables a otras problemáticas en las cuales se pueda utilizar el mismo razonamiento por tanto su concepción e incluso redacción en general será próxima a lo que consideramos como un principio el cual luego por su textura abierta para su interpretación puede requerir de la valoración del juez en cambio tenemos que la parte dispositiva que resuelve la problemática del caso concreto tendría que asemejarse a una regla que ordena aspectos concretos respecto a personas concretas.

es la forma de hacer leyes para tu perro: y este es el modo en que los jueces hacen la ley para ti y para mí. Ellos no te dirán antes qué es lo que no se debe hacer… callarán hasta que hagas algo que dijeron que no debía haberse hecho, y entonces te encarcelarán por ello"[236].

Efectuada la referida reflexión sobre una distorsión que puede provocar la falta de distinción entre lo obligatorio y lo vinculante de una decisión, en el presente capítulo intentaré reflexionar justamente sobre lo contrario, es decir que si partimos como dice F. Schauer de la idea de que la amplitud y alcance de resolver una problemática es consecuencia de los argumentos utilizados que explican la decisión[237], entonces puede sostenerse que el por tanto o *decisum* no solo es una consecuencia, sino la continuidad de la razón de la decisión o *ratio decidendi,* de ahí que el alcance de la argumentación determina también la trascendencia de la decisión, de manera que si esta es limitada o es inexistente como sucedió en el caso analizado, debió provocar que la resolución únicamente refiera a las partes procesales y sea vinculante a casos similares que se presenten en el futuro, pero si el juez decide extenderla con buena argumentación ello puede provocar inclusive que el efecto obligatorio trascienda del caso concreto.

II. LA COSA JUZGADA: EL EFECTO EXPANSIVO DE LA *DECISUM*

Para analizar lo que efectivamente se está resolviendo en una sentencia creo necesario partir de la idea de calidad de cosa juzgada, la cual refiere a que una segunda demanda no puede plantearse si existe identidad de sujetos, objeto y causa[238] con una primera

236 GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Argumentación Jurídica*. Tirant lo Blanch, España, 2014. p. 163.

237 Para ejemplificar sostiene que: "*Si le digo a un amigo que doy dinero a una organización de caridad porque ayuda a proveer comida a los niños famélicos de África, no puedo sorprenderme cuando mi amigo me pregunta si daré dinero a su propia organización de caridad que también provee comida a los niños famélicos de Africa*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons. 2013 p. 185) de ahí que también en el ámbito judicial: "*Por ende, cuando un tribunal ofrece una razón para una decisión, está dando una justificación necesariamente más amplia que la decisión*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons. 2013 p. 184).

238 La SC 115/2003-R de 28 de enero, estableció que para la existencia de cosa juzgada debe considerarse identidad de "*…a) de sujetos: que sean las mismas personas que presentan el recurso y lo dirigen contra la misma autoridad o personas particulares contra las que recurrieron antes; b) de causa: que el motivo (acto o resolución), que da*

demanda ya resuelta en el fondo, ello significa en contrapartida que una sentencia solo puede alcanzar a las partes litigantes respecto al objeto que pretenden y sobre los argumentos expresamente invocados por las mismas, de forma que si no se dan esos supuestos recién es posible habilitar una segunda demanda, entonces para demostrar el punto tratado en este capítulo bastará demostrar que la argumentación de ese primer caso puede provocar se disponga más allá de lo pedido y respecto a personas que incluso no son parte de ese primer proceso lo que en general no es propio de la *decisum*.

Pensemos entonces en los sujetos intervinientes, es decir la sentencia solo debería alcanzar al demandado y el demandante, sin embargo, existen casos que interesan a este capítulo donde la decisión judicial puede alcanzar a personas distintas de las partes procesales, a saber:

- Los herederos de una de las partes pueden tener que cumplir la decisión, por ejemplo de pagar una deuda contraída por el causahabiente.
- A veces autoridades sobrevinientes deben cumplir una determinación, por ejemplo si un jefe policial en un *habeas corpus* o acción de libertad es condenado a liberar a un detenido, pero por el transcurso del tiempo este ya dejó el cargo y otro jefe policial está en el mismo, entonces será la nueva autoridad la que deba cumplir la decisión judicial aunque no haya sido parte procesal en el proceso constitucional[239].
- En la jurisprudencia boliviana, frente a un avasallamiento la sentencia no solo alcanza a los demandados sino incluso a los avasalladores respecto de los cuales no se conocía su identidad al interponerse la demanda de amparo constitucional[240].

---

origen al amparo, sea el miso en ambos casos; y c) de objeto: que el propósito del recurso, sea el mismo tanto en el primer como en el segundo amparo…".

239 Por ejemplo en el AC 1/2004-O de 22 de enero, emergente de la SC 1009/2003-R de 18 de julio, se sostuvo lo siguiente: "*…no está fuera del marco del derecho que un tercero vinculado administrativamente a la autoridad recurrida, esté obligado a dar cumplimiento a una resolución dictada por este Tribunal en el proceso de un amparo constitucional aun cuando no hubiese sido recurrido, pues pretender que el recurrido únicamente sea el que cumpla la Sentencia Constitucional, sería asumir en algunos casos la ineficacia de la jurisdicción constitucional, lo que no puede admitirse ni tolerarse, dado que este Tribunal ha sido creado para proteger los derechos y garantías…*".

240 En la SCP 0998/2012 de 5 de septiembre, el Tribunal Constitucional Plurinacional determinó que en los avasallamientos no se conoce con exactitud la identidad de los avasalladores estableciéndose lo siguiente: "*…la parte peticionante de tutela para*

En estos casos el efecto extensivo de la decisión judicial no deviene de la decisión propiamente tal, pues ésta obviamente no dispone absolutamente nada al respecto, sino que tiene una argumentación posterior a su publicación y notificación, lo que quiere decir que la idea básica de que si no se extendiera el efecto de la cosa juzgada a terceros la sentencia resultaría inejecutable se produce en etapa de ejecución por tanto luego de dictada la resolución.

Pero también la argumentación sobre el alcance de la decisión puede estar contenida en el mismo acto jurisdiccional, como ocurre con el llamado "estado de cosas inconstitucional" al que recurrió en su momento la Corte Constitucional de Colombia, así en la sentencia T-153/98 correspondiente a una acción de tutela cuyo efecto por regla general es *inter partes,* únicamente respecto a los demandantes, se trató la queja de determinados internos de vivir en hacinamiento en una penitenciaria, sin embargo, se dispuso que el gobierno tome medidas efectivas para superar la sistemática lesión de derechos en las cárceles respecto a todas las penitenciarías de Colombia bajo estos términos: "*Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional*"[241], decisión que por la sistemática vulneración de derechos en cárceles colombianas en ese momento aparece sin duda como razonable.

---

el caso de vías de hecho, de manera excepcional podrá activar la tutela sin identificar a la parte demandada cuando por las circunstancias particulares del caso no sea posible una determinación de personas que incurran en vías de hecho…".

241 Figura que también se utilizó para afrontar la situación preocupante de los desplazados -T-025/04- o por la no convocatoria de concursos de méritos de notarios -SU-250/98-, entre otras.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano emulando a su par colombiano en una acción de cumplimiento ante la sistemática y reiterada falta de pago de subsidios por luto y sepelio a varios profesores que provocó una ingente cantidad de casos con supuestos fácticos semejantes, declaró estado de cosas inconstitucional, no solo concediendo la tutela en el caso concreto, sino que atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal en la protección de derechos, y al existir una jurisprudencia clara en la temática la cosa juzgada se dispuso que la decisión alcanzaba a toda problemática similar que pudiese presentarse en el futuro el cual por dicho efecto expansivo del argumento utilizado pasaba directamente a la fase de ejecución[242].

Debemos recordar que la cosa juzgada alcanza a la parte resolutiva de una decisión, por lo que por regla general solo refiere a las partes procesales que intervienen en un proceso e impide volver a plantear una problemática ya resuelta, en cambio lo vinculante se encuentra en la *ratio decidendi* que trasciende del caso concreto[243] pero que no llega a cosa juzgada, pues en futuros casos ese entendimiento puede ser modificado con un argumento más sólido que demuestre que el anterior estaba equivocado[244]; es decir, la parte vinculante vista desde este punto tiene fuerza persuasiva, implica una advertencia a los jueces de que si no se sigue un determinado razonamiento en casos similares se revocará su decisión, en cambio desconocer la resolución de un caso concreto puede generar responsabilidad civil o incluso penal, por ello incluso una sentencia emergente de un juez de primera instancia cuando válida y no

242 En el Exp. N.° 3149-2004-AC/TC correspondiente a Gloria Marleni Yarlequé Torres se sostuvo siguiendo el Exp. No. 2579-2003-HD/TC que: "*…y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional*".

243 Debe diferenciarse la *res judicata* -cosa juzgada- del *stare decisis.*

244 Una manera diferente de entender la cosa juzgada la encontramos en la sentencia C-131 de 1993 de la Corte Constitucional de Colombia para la cual la cosa juzgada refiere tanto a la parte resolutiva como a la motiva así sostiene: "*Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos".*

impugnada por las partes, aunque equivocada es obligatoria para otros jueces, incluso superiores, por haber adquirido calidad de cosa juzgada, pero en sus argumentos y los motivos utilizados no vinculante a los tribunales superiores. Dicha diferenciación nos muestra la decisión o *decisum* y la razón de la decisión o *ratio decidendi* como elementos diferentes y distinguibles de la decisión judicial, sin embargo en los casos referidos la argumentación de los tribunales provoca que la cosa juzgada alcance a personas que no tuvieron participación en el proceso judicial y a problemáticas que inclusive aún no se habían presentado si quiera.

Otro ejemplo es el efecto *inter comunis* de las decisiones judiciales, donde el fundamento de una concesión de tutela para no lesionar derechos de terceras personas alcanza a personas no litigantes, como sucedió por ejemplo en la sentencia T-843/09 referida a una acción de tutela donde se cuestionó que el accionante no fue nombrado fiscal pese a sus altas calificaciones en el examen público, determinándose por la Corte Constitucional de Colombia que: "…*cuando se designa para desempeñar un cargo de carrera, objeto de concurso, a otras personas, sin atenerse al estricto orden descendente dentro de la lista de elegibles, se lesionan los derechos fundamentales de las personas que participaron y obtuvieron los mejores resultados del concurso*…", decisión que alcanzó a todos los partícipes del concurso público, ello porque a criterio de dicho tribunal no podía nombrarse al que tiene la mejor nota sin considerar las notas de todos los participantes, lo que provocaba que la decisión alcance a todos los postulantes, y como argumento del efecto *inter comunis* se consideró al derecho a la igualdad, por lo que de no ampliarse el efecto de la tutela a los otros participantes del concurso público se afectaría su derecho al trabajo y a tener el mismo trato en la postulación[245].

245 Se recordó por la Corte que: "*Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes".*

En lo referente al objeto, es decir lo litigado, tenemos que si dentro de un divorcio se declara la ganancialidad de diferentes inmuebles, ello no alcanza a otros bienes de los cuales las partes no reclamaron su ganancialidad, aunque el fundamento sea el mismo, pero se puede problematizar dicha postura cuando una decisión con calidad de cosa juzgada tenga una argumentación dirigida hacia la finalidad que busca la sentencia[246], por ejemplo:

Si un funcionario es destituido ilegalmente de su fuente laboral y plantea un amparo constitucional que como resultado ordena su reincorporación, muchas entidades a título de acatar el fallo le entregan un memorándum de reincorporación y al mismo tiempo otro de destitución con los mismos argumentos inicialmente alegados o con otros conexos[247], entonces es posible sostener que no debería proceder un nuevo amparo constitucional sino

246 Cuando se analiza en el fondo una situación jurídica y luego se vuelve a interponer la misma demanda pero contra otros demandados el pronunciamiento existente impide una sentencia de mérito así la SC 0259/2006-R de 22 de marzo, declaró la improcedencia del recurso al determinar que existió un recurso anterior planteado por los mismos recurrentes; es decir, con identidad de sujetos activos que además contaba con identidad de causa; es decir, donde se alegaba la inobservancia en el mismo sentido de la misma Ordenanza Municipal 016/99 además de existir identidad de objeto, pues en ambos casos se exigía en el mismo sentido la observancia de la referida Ordenanza Municipal y que si bien no existía identidad de sujeto pasivo pues el nuevo recurso se planteó contra otras autoridades del municipio se consideró que el primer recurso al concederse la tutela definió la vigencia y alcance de la Ordenanza Municipal 016/99; por lo que, no correspondía un nuevo análisis al existir un recurso anterior que ya resolvió el tema de fondo y que se consideró definitiva e inapelable.

247 En el Informe Nº 82/07 de 15 de octubre correspondiente a la Petición 269-05 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se hizo referencia a que Miguel Angel Moncada Osorio y James David Rocha Terraza eran funcionarios de carrera en el Ministerio de Servicios y Obras Públicas siendo destituidos el 15/04/04 alegándose que el cargo que ocupaban fue suprimido entonces interpusieron revocatoria que se rechazó y luego jerárquico a la Superintendencia del Servicio Civil que resolvió favorablemente y ordenó su reincorporación lo que se cumplió pero en puestos de menor nivel, con salarios menores y funciones diferentes por lo que interpusieron Amparo Constitucional que salió procedente emitiéndose nuevo memorando pero como 'eventuales' y no como funcionarios permanentes que eran entonces la SC 1911/2004-R de 14 de diciembre, del Tribunal Constitucional revocó la orden declarándola improcedente por lo que fueron destituidos nuevamente acudiendo nuevamente a los recursos de revocatoria y jerárquico y el Servicio Civil nuevamente ordenó su reincorporación lo que no fue cumplido planteándose nuevo amparo constitucional que esta vez fue confirmado por Tribunal Constitucional por sentencia 367/2006-R de 12 de abril, por lo que fueron recontratados y luego destituidos decisión impugnada y que esta vez se rechazó por el Subintendente del Servicio Civil en el recurso jerárquico decisión observada por los demandantes porque la autoridad que dictó la misma sería incompetente lo que muestra el drama para hacer cumplir una decisión judicial y existe renuncia de la administración pública.

odenar el cumplimiento de la primera decisión argumentándose que en ese caso no se limitaría el derecho de acceso a la justicia sino que por lo contrario se lo viabilizaría, pues la parte procesal ya no requiere erogar gastos para una nueva interposición de un amparo constitucional sino presentar un memorial de cumplimiento de la sentencia inicial, lo que desahogaría la labor del órgano de control de constitucionalidad[248].

O si en la tramitación de una audiencia de cesación a la detención preventiva el Tribunal Constitucional declara que existió una demora en el señalamiento de la audiencia, y luego en cumplimiento de dicha sentencia se realiza una nueva audiencia en tiempo razonable, que sin embargo se suspende esta vez por la ausencia del Ministerio Público, no debe corresponder la interposición de un nuevo *habeas corpus* o acción de libertad sino el cumplimiento de la primera sentencia, pues se alegará que la decisión no tenía por finalidad el mero señalamiento de una audiencia cautelar sino que la misma de manera efectiva se realice, porque una nueva suspensión de la audiencia por inasistencia del Ministerio Público, aspecto que no constituye causal de suspensión implica un incumplimiento a la primera orden judicial.

O si se interpone una demanda contra una resolución judicial por falta de fundamentación y el Tribunal Constitucional da lugar a dicho pedido, emitiéndose nueva resolución por las autoridades demandadas, se tiene que si en la nueva resolución se incluyeron nuevos elementos o se dejaron de incluir elementos que anteriormente se encontraban con los cuales la parte nuevamente no se encuentre de acuerdo, se puede argumentar que no corresponde emitir nueva resolución sino pedir el cumplimiento de la resolución anterior, la cual ya había ordenado se emita una resolución debidamente fundamentada.

En los tres casos referidos la argumentación de la resolución de cumplimiento irá a la existencia de un alcance "implícito" de la decisión judicial, a objetos no debatidos, pero que hacen real la

248 El Código Procesal Constitucional peruano sostiene al respecto en su art. 60 que: "*Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente*".

actuación judicial, evitan la proliferación de procesos y la emisión de resoluciones contradictorias, entonces es posible observar que el alcance de lo litigado depende de la interpretación que se haga en la sentencia, puesto que la interpretación literal nos obligará a limitar nuestro análisis a las resoluciones que expresamente se dejan sin efecto, pero una interpretación teleológica de la decisión judicial podrá expandir y ampliar el objeto debatido. ¿Cuál de ambas interpretaciones adoptar? Pues dependerá de diferentes factores sociales, económicos, culturales, etc., pero en ambos casos sólo se verá legítimo de acuerdo a la argumentación utilizada.

R. Baker[249] refiere el caso de una mujer que tuvo un accidente en su motocicleta por el mal mantenimiento de una carretera, demandó al municipio para que pagara el costo de reparación de la motocicleta pero luego volvió a presentar otra demanda para que se cubriera los gastos de las heridas que había sufrido en el referido accidente, la pregunta emergente de manera irónica por uno de los jueces que conoció la problemática fue la de si: ¿podía hacerse dos demandas sobre un mismo hecho con diferentes pretensiones, de manera que si se lo prefería podía hacer una demanda al municipio para la reparación económica de su pantalón, y otra para su camiseta, o estaba obligada a hacer la demanda de su pantalón y camisa juntas? La respuesta no es sencilla y depende de la función que creemos que debe cumplir el órgano judicial y de la idea de justicia que tengamos pero que se mostrará por el juez con argumentación.

La problemática referida nos muestra la íntima relación que puede tener el derecho de acceso a la justicia y la cosa juzgada, pues la imposibilidad de plantear una nueva demanda por la reparación de gastos médicos que ya se conocían a tiempo de plantearse la primera demanda civil puede estar determinada por la decisión inicial, de forma que si en el referido caso se hubiese determinado en la demanda inicial que la culpa era de la demandante no era viable la segunda demanda, pero además en el segundo supuesto que es el caso planteado donde se concedió la primera reparación y sobre ésta se formula una nueva demanda, puede entenderse también que bajo los principios de buena fe y de economía procesal es posible limitar el derecho de acceso

249 Cfr. BAKER, Robert. *El precedente y su significado en el derecho constitucional de los EEUU.* Editorial Grijley, Lima, 2014.

a la justicia como fue lo que efectivamente sucedió en el caso analizado, o se puede sostener que al no existir norma alguna para ejercer el derecho de demandar correspondía ingresar al fondo de la nueva problemática, incluso si ese tipo de demandas llegue a atosigar la labor del órgano judicial como creo en lo personal debió procederse en ese caso[250].

Al respecto, en Bolivia podemos citar como ejemplo a la jurisprudencia constitucional cuyas decisiones sobre el principio de congruencia es incoherente[251], por una parte si durante la tramitación de un proceso penal el tribunal considera que la calificación legal está equivocada y corresponde una pena superior, puede aplicar la misma en atención al *iura novit curia,* pues se entiende que el imputado se defiende de la acusación de haber participado en un determinado hecho y no de la calificación legal[252],

250 La ley regulando el derecho de acceso a la justicia puede reconocer el derecho a plantear excepciones e incidentes pero establecer que deben interponerse al mismo tiempo.

251 "*…según MacCormick existen varias manifestaciones de coherencia y por ello propone distinguir entre consistencia (formal) y coherencia (material). A juicio del profesor de Edimburgo, no basta con que el juez dicte decisiones así de consistentes. Su razonamiento debe además ser coherente. ¿Pero qué diferencia existe entre consistencia y coherencia? o, mejor, ¿qué diferencia existe entre inconsistencia e incoherencia?*

Ya hemos visto un ejemplo de inconsistencia. Dos normas son inconsistentes cuando son lógicamente incompatibles. Por ejemplo, la norma del docente que graciosamente afirma: "A Juan le permito fumar" es inconsistente con la norma del Decanato "Prohibido fumar a todos los estudiantes", porque Juan es un estudiante. Sin embargo, en ocasiones puede que dos normas sean inconsistentes, pero aun así planteen algún tipo de incoherencia. MacCormick nos propone un ejemplo muy clarificador- Imaginemos al azar las siguientes normas en un extravagante código de circulación:

N1: Prohibido circular a más de 100 km/h a los coches rojos.
N2: Permitido circular a más de 100 k/h a los coches azules.
N3: Permitido circular entre 25 y 35 Km/h a los choces verdes.

Desde un punto de vista formal, no existe ningún inconveniente para que un código de circulación contuviera semejante regulación. De hecho, no nos encontramos ante una antinomia propiamente, puesto que no se verifica la primera de las condiciones arriba citadas; es decir, N1, N2 y N3 no contemplan el mismo supuesto de hechos, N1 se dirige a los conductores de coches rojos, N2 a los de coches azules y N3 a los de coches verdes. Sin embargo, hay algo en esta regulación que no nos parece razonable.

A juicio de MacCormick estas normas no son inconsistentes sino incoherentes porque no pueden ser justificadas adecuadamente bajo un valor o principio rector. Parece razonable pensar que el código de circulación se inspira en valores como la seguridad vial y determinar un régimen no inconsistente de limitación de velocidad según el color de la chapa del vehículo no parece satisfacer un valor del código de circulación" (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Argumentación jurídica*. TIRANT LO BLANCH. España. 2014. p. 320).

252 En la SC 1733/2003-R se denunció que en un proceso penal se procedió a condenar al accionante por delitos no incluidos en Auto Procesamiento y por los cuales no tuvo oportunidad de asumir defensa planteamiento rechazado con el argumento de que el imputado se defiende de los hechos y no de la calificación legal así se

sin embargo ante el planteamiento de amparos constitucionales el juez de garantías no puede resolver más allá de lo pedido[253], de ahí que para el órgano de control de constitucionalidad la modificación de oficio de la pena, incluso más gravosa al imputado, no le genera indefensión pero en contrapartida si se busca tutelar derechos en acciones constitucionales rige el principio de congruencia para proteger el derecho a la defensa de los demandados. En general se protege de sobremanera a las autoridades demandadas en acciones constitucionales y se desprotege el derecho a la defensa de personas que podrían perder su libertad en procesos penales, cuando en mi criterio debería ser al revés.

Entonces imaginemos un caso a sucederse hipotéticamente, en el cual un grupo de personas congregadas de manera espontánea reclaman en la puerta de un centro comercial y tras ser dispersadas por fuerzas policiales plantean amparo constitucional alegando el respeto a su derecho de asociación, es posible que se les deniegue la tutela por el órgano de control de constitucionalidad por equivocación del derecho vulnerado, es decir que puede alegarse que el derecho de asociación refiere a un conjunto de individuos relacionados orgánicamente que buscan un fin determinado de

---

sostuvo: "*En consecuencia, la modificación en la calificación de los hechos fácticos punibles acusados en el Auto de Procesamiento y comprobados en el procesamiento o juzgamiento no lesiona el debido proceso en su elemento del derecho a la defensa, ni puede ser calificado como una acción ilegal o indebida que coloque en indefensión al procesado, toda vez que éste tuvo la oportunidad de elaborar y desarrollar su defensa con relación a los hechos fácticos punibles imputados, incriminados o acusados, los mismos que no varían ni se modifican, pues lo que se modifica o varía es la calificación legal de esos hechos punibles ya comprobados y verificados en la etapa del procesamiento*".

253 En este sentido la SC 2262/2010-R de 19 de noviembre, en de una acción de amparo constitucional negó conocer otros derechos que fueron invocados en audiencia con el siguiente argumento: "*La afirmación que precede, induce a aludir los términos en los que fueron ampliados los fundamentos de la pretensión del accionante -a través de su abogado- en la audiencia pública de amparo constitucional, que concluyeron en afirmar que además de haberse conculcado el derecho a la petición de José Oliverio Iriarte Lafuente, los particulares demandados también incidieron sobre el derecho a la "seguridad jurídica" y en desmedro del principio de legalidad; aspectos que, conforme se estableció en la SC 1571/2005-R de 5 de diciembre, aludiendo a su similar 0038/2005-R de 10 de enero, -reiteradas en la reciente jurisprudencia constitucional-, no ameritan pronunciamiento de este Tribunal, al haberse alegado luego de presentado el amparo (en audiencia) y no en el momento oportuno para acceder a su consideración; esta aserción, no importa una decisión arbitraria o meramente formal, sino que responde a la igualdad procesal de la que gozan las partes, tomando en cuenta a quien fuera demandado a través de la presente acción, para que ejerza su derecho a la defensa con efectividad al asumir conocimiento previo de los hechos y actos de los que fuera responsable y hubieran motivado -al presunto agraviado por éstos-, activar la jurisdicción constitucional procurando la tutela sobre sus derechos que supone conculcados*".

manera permanente, y que en el caso en concreto no se reunían esas circunstancias, y más bien se trataba del ejercicio del derecho de reunión.

Algunos pueden sostener sobre el referido caso que siendo que el Tribunal Constitucional no ingresó al fondo de la problemática respecto al derecho de reunión, no existe un pronunciamiento de fondo sobre dicho derecho, por tanto existe la posibilidad de volver a interponer el amparo constitucional por el mismo hecho, pero esta vez alegando el derecho de reunión, de forma que nada impide que una persona pueda interponer paralelamente diferentes demandas de amparo constitucional para tutelar un mismo hecho pero respecto a diferentes derechos, lo que quiere decir que en un amparo constitucional puede alegarse que una resolución emitida por un tribunal ordinario vulnera la garantía del debido proceso en su elemento de la debida fundamentación de resoluciones y a la vez presentar otra acción alegando que la misma resolución lesiona la misma garantía pero en su elemento del derecho a la defensa.

Sin embargo, otros podrían sostener que si se aceptara ese entendimiento se estaría aceptando la posibilidad de interponer la acción constitucional de manera abusiva alegando diferentes derechos, o incluso invocando los mismos derechos pero cambiando los argumentos que sustentan su supuesta violación de derechos, lo que congestionaría al órgano judicial y generaría inseguridad jurídica en las relaciones jurídicas al nunca poder considerarse cerrado el debate de una problemática; esta última postura tendría sin embargo que tener mayor fundamentación que la anterior pues limita el acceso a la justicia.

A propósito de lo referido, pensemos en las acciones constitucionales presentadas a raíz de convocatorias a cargos judiciales en los Tribunales Departamentales de Justicia, a efectos de dicho análisis una primera causa relevante es la SCP 0832/2015-S3 de 17 de agosto, que dejó sin efecto una convocatoria para optar al cargo de jueces públicos de niñez y adolescencia, donde se sostuvo que la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución que establece: "*En el plazo máximo de un año después de que entre en vigencia la Ley del Órgano Judicial, y de acuerdo con ésta, se procederá a la revisión del escalafón judicial*", debía cumplirse, pues la revisión del escalafón judicial implica se consideren méritos y

deméritos, ello para garantizar la continuidad de operadores judiciales idóneos, pero antes se había dictado la SCP 0504/2015-S1 de 1 de junio, que respecto a la convocatoria para vocales determinó que el art. 218 de la Ley del Órgano Judicial dispone que el Escalafón Judicial forma parte del subsistema de evaluación y permanencia, pero a su entender era aplicable únicamente para las nuevas autoridades judiciales, de forma que no era necesario "revisar" el escalafón judicial sino solo cuando sean posesionadas las nuevas autoridades, interpretación que no tiene sentido si se considera que una revisión luego de que todas las nuevas autoridades judiciales se posesionen en sus cargos no tendría propósito alguno, pero además va contra el tenor literal de la Constitución.

Posteriormente se planteó por los vocales en ejercicio una acción de cumplimiento para que se efectivice la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución, porque pese a que se otorgaba el plazo de un año desde la publicación de la Ley del Órgano Judicial promulgada el 24 de junio del año 2010, se habían efectuado convocatorias para vocales sin que los vocales en ejercicio pudiesen hacer valer sus méritos, entonces la SCP 0499/2016-S2 de 13 de mayo, denegó la tutela alegando como aplicable la SCP 0504/2015-S1 que como se dijo había establecido que el cumplimiento de dicha "revisión" no era necesaria con argumentos por demás debatibles que ahora no corresponden analizarse por no ser tema del presente capítulo, sino que lo que quiero destacar es lo sostenido por dicha sentencia en sentido de que al: "… *existir cosa juzgada constitucional al respecto; cualquier otra acción constitucional de carácter tutelar, es decir, acción de amparo constitucional o acción de cumplimiento* ***impugnando cualquier Convocatoria Pública para Vocales, Jueces, sean públicos u otros en las diversas materias, o para servidores públicos de apoyo jurisdiccional y administrativo, es inviable o improcedente****, por tanto no pueden ser admitidas dichas acciones tutelares, mucho menos dejar en suspenso o sin efecto las convocatorias públicas; bajo responsabilidad administrativa y penal inclusive, o las que correspondan; dado que esta práctica ha permitido que desde hace más de dos años no pueda llevarse a cabo el proceso de selección de autoridades, siendo un contrasentido que el mismo Tribunal de garantías con su fallo evite la elección de nuevas autoridades o su reelección si acaso decidieran postularse*".

La SCP 0499/2016-S2 decide de la nada: 1. Prohibir la interposición de nuevas acciones constitucionales así se modifiquen los argumentos de las demandas, y 2. Amenazar a los jueces de garantías que se animen a tutelar derechos y garantías de autoridades judiciales en ejercicio de sus cargos interrumpiendo estas convocatorias.

Como dije se puede decir muchas cosas de esta sentencia pero me quiero limitar a lo tratado en este capítulo, referente a que para que la sentencia trascienda a otros sujetos y otras causas de forma que limite el derecho de acceso a la justicia constitucional, era menester presentar un argumento de sobremanera relevante en el que se verifique el impedimento del ejercicio de los derechos y garantías, pero la decisión se limitó a sostener que se suspendió más de dos años la convocatoria de vocales; sin embargo, corresponde observar que habiéndose suspendido la convocatoria para vocales por un juez de garantías en fecha 3 de mayo de 2014 es el Tribunal Constitucional Plurinacional el que dictó la SCP 0504/2015-S1 recién en fecha 1º de junio de 2015, es decir que la demora invocada no era imputable al juez de garantías sino al propio órgano de control de constitucionalidad.

Pero amenazar a los jueces de garantías para que no admitan demandas constitucionales que interrumpan procesos de convocatoria que a su criterio vulneran el debido proceso, bajo el argumento de que son los propios jueces y vocales los que desean participar en estas, tampoco es evidente, pues las acciones constitucionales interpuestas y analizadas corresponden justamente a sus representantes, y si bien algunos jueces o vocales se presentaron a las convocatorias, ninguno de ellos planteó una acción constitucional contra sus representantes o para acelerar de alguna manera la convocatoria, de ahí que el argumento referido no tiene asidero alguno para limitar el derecho de acceso a la justicia.

La expansión de la *decisum* en una causa particular no debe tomarse a la ligera y por la caprichosa voluntad del intérprete, la misma para ser racional debe estar respaldada a plenitud por sólidos argumentos que limiten los derechos de personas que no son parte de un proceso, o que alcance a argumentos u objetos que expresamente no se debatieron, un juez constitucional que no entiende eso es un peligro para el hombre sensato que intenta llevar su vida de acuerdo al derecho.

III. LOS EXTREMOS: GENERALIZAR LO EXCEPCIONAL Y LIMITARSE A RESOLVER UN CASO

La ley entendida como una norma genérica y abstracta no regula una circunstancia concreta, no regula de manera específica ningún caso, más bien otorga el marco general sobre el cual los jueces ejercen discrecionalidad[254], así por ejemplo cuando se establece en el tipo penal de homicidio que: "*El que matare a otro, será sancionado con presidio de cinco a veinte años*"[255], no se le dice al juez que si alguien llega a matar a un extraterrestre con forma de humano es considerado o no un homicidio, pero una vez que se llega a resolver una problemática semejante, sea de forma positiva o negativa por los tribunales, se considerará que los argumentos utilizados en dicha resolución son vinculantes a otros casos similares, mientras que la decisión de culpabilidad o inocencia resolverá únicamente la situación del acusado.

En efecto, cuando decimos "sentencia" nos referimos al acto de decidir, pero –como se vio en este capítulo– también a los argumentos de la decisión, de forma que en el caso señalado es posible que el acusado de homicidio esté más interesado en la decisión que resuelve su situación jurídica que en los argumentos utilizados por el juez, en cambio los abogados y profesores universitarios se interesarán en los argumentos con los cuales se resuelve la causa y que se aplicarán a otros casos futuros, de ahí que se pueda decir que la sentencia cumple una función en el caso concreto y otra trascendente del mismo.

A veces se tiende a pensar que el recorrido del derecho va necesariamente de lo general a lo particular, sin embargo, si consideramos la doble función de la sentencia judicial se tiene más bien que la aplicación del derecho es circular, pues una parte va de lo particular a lo abstracto. Entonces y como se vio, la ley transita

254 "*En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles*" (KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. EUDEBA. Argentina. 2009. p. 131).

255 Bolivia, Código Penal, art. 251.

a lo particular a través de la decisión o *decisum* de la sentencia que básicamente alcanza a las partes procesales, pero al mismo tiempo, la llamada razón de la decisión o *ratio decidendi* transita a lo general y es aplicable a otros casos, entonces puede decirse que una decisión judicial tiene diferentes niveles de abstracción:

1. Si se aplica al derecho subjetivo controvertido alcanza a la calidad de cosa juzgada con efecto *inter partes* y,
2. Tiene efecto normativo vinculante al constituirse en un precedente.

Lo difícil para el órgano judicial es conciliar esas dos funciones, saber resolver los casos sometidos a su competencia, pero además unificar el entendimiento mediante una *ratio decidendi* que resuelva problemas estructurales y no solo casos concretos, por ejemplo un juez puede considerar una línea jurisprudencial correcta y no estar dispuesto a modificarla, y al mismo tiempo encontrarse con un caso concreto donde crea que la jurisprudencia da un resultado sumamente injusto y no tener argumentos solventes para apartarse de la jurisprudencia existente[256]. Dicha tensión a conciliar puede provocar dos tipos de riesgo, uno que recae en lo particular de la decisión judicial y otra en su generalización excesiva.

Cuando falta la prudencia en los fallos de un juez constitucional se corre el riesgo de hacer de una flor un ramillete, así un juez puede en un habeas corpus considerar el abandono en el que se encuentra una persona indígena, sentir pena y consternación por el caso para luego establecer como regla general que las personas indígenas por el solo hecho de ser indígenas no requieren agotar instancias antes de presentar un *habeas corpus*[257]. Dicha regla

256 Un juez puede creer que la jurisprudencia existente es injusta pero seguir el entendimiento por no tener mejor argumento que proponer.

257 En la SCP 0475/2012 de 4 de julio, se había alegado por la accionante que era una mujer embarazada y que si bien se dispuso su detención domiciliaria mientras que la misma se concrete se ordenó por el juez demandado su detención en calidad de "depósito" en celdas judiciales figura inexistente en el ordenamiento jurídico boliviano entonces como argumento central para la concesión de la tutela se sostuvo lo siguiente por el Tribunal Constitucional Plurinacional: "*Las mujeres en estado de gestación y/o con hijos menores de un año se encuentran entre los grupos vulnerables o de atención prioritaria que en general son aquellos sectores poblacionales que por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad, se encuentran en un estado de indefensión, respecto de otros grupos societales, en ese sentido, existe una sospecha de menoscabo en sus derechos fundamentales, habilitando*

equivocadamente formulada resultaría en la práctica sobre-incluyente respecto a indígenas que no están en abandono, que cuentan con recursos económicos, poder político, etc.

Por otro lado se corre el otro riesgo, es decir que los tribunales pueden limitarse a resolver casos concretos ignorando su función, de esa manera si un Tribunal Constitucional llega a ignorar el interés institucional que encierran los casos sometidos a su competencia, puede determinar como ocurrió en varias oportunidades, respecto a que una solicitud de cesación a una detención preventiva no fue tramitada oportunamente ignorando el problema estructural de fondo que afecta a muchos otros casos, es decir el abandono en el que se encuentra el Órgano Judicial y la falta de jueces en el país, de forma que el Tribunal Constitucional puede ordenar se tramite con celeridad una causa pero ignorar el problema que hace que otras causas no avancen.

Cuando se resuelve lo específico ignorando el problema general se usa un poderoso cañón para matar una mosca, es decir se mueve todo el aparato público, se consume recursos públicos, se somete la causa al máximo tribunal del país, todo ello para corregir por ejemplo una demora procesal, pero ignorando la problemática de fondo que en realidad es la que provoca dilaciones no únicamente de ese caso sino de muchos otros casos, en cambio cuando un magistrado cree que un caso es injusto y hace una sentencia que vuelve lo excepcional en la regla, es como si estableciera una norma que dispone que la única manera de matar moscas es a través de cañones, lo que no es cierto.

Ambos excesos resultan absurdos y reprochables, debido a que si por corrupción, influencia política, falta de conocimiento del juez, etc., una sentencia de un juez ordinario hace daño a un ciudadano, tenemos que la sentencia del Tribunal Constitucional en atención a su vinculatoriedad multiplica el daño a muchos

---

de forma directa su protección en la justicia constitucional, puesto que si entre iguales es exigible la tutela de derechos fundamentales, con mayor razón será aquella proveniente de estos sectores vulnerables, dentro de ellos los niños y niñas, los discapacitados, los indígenas, las personas de la tercera edad, los migrantes y otros" dicha aseveración da la idea de que una persona que no ingresa en dichas categorías no tendría la tutela lo que sencillamente sería una conclusión absurda de forma que sin dicho argumento se habría llegado de todas formas al mismo resultado.

ciudadanos, similar a un profesor que llega tarde a su clase, en cuyo caso no se afecta a un alumno sino a todo el curso[258].

258 R. Bellamy explica como un caso difícil puede provocar que se haga una sentencia constitucional sobre la excepción y pone como ejemplo un caso legislativo cuya forma de razonamiento también puede aplicarse al razonamiento judicial así sostuvo que en Inglaterra a razón de ataques de perros se prohibieron varias clases de perros peligrosos cuando los ataques en realidad eran excepcionales es decir se hizo de la excepción la regla (BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político – Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons. España. 2010).

PARA REFLEXIONAR LO AVANZADO

Usted es juez de garantías y está conociendo una acción de amparo constitucional interpuesta contra la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia y emergente de un proceso penal por el delito de homicidio; en el cual, en primera instancia el tribunal de sentencia determinó que pese a no haberse encontrado el cuerpo de la víctima habían declaraciones uniformes y concluyentes además de peritajes que acreditaban el homicidio; por lo que, declaró la culpabilidad del imputado con una pena de 15 años de cárcel, en apelación se confirmó la decisión y mientras se tramitaba el recurso de casación, se apersonó el imputado al Tribunal Supremo de Justicia manifestando que el supuesto muerto en realidad estaba vivo y pide que en dicha instancia se pueda recibir la prueba de que el mismo está vivo. El máximo tribunal invocando el principio de preclusión rechazó la nueva prueba y confirmó la sentencia condenatoria aclarando que el imputado debe entrar a la cárcel y plantear Revisión Extraordinaria de Sentencia, decisión contra la cual se interpone el amparo constitucional.

Usted como juez de garantías debe revisar la decisión de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual se le solicita pueda resolver los siguientes puntos:

PREGUNTAS EMERGENTES DEL CASO PLANTEADO

¿Qué entiende por verdad material establecida en la Constitución Política del Estado?

¿Cuál es la naturaleza del recurso de casación?

¿Puede la verdad material desvirtuar el rol institucional del Tribunal Supremo de Justicia al conocer el recurso de casación?

En caso de ordenarse se acepte la nueva prueba ante el Tribunal Supremo de Justicia ¿Cómo evitar que esta instancia se vuelva otra instancia procesal? ¿Qué prueba debería admitirse?

En caso de confirmarse la decisión del Tribunal Supremo de Justicia ¿Qué papel juega el hecho de que una decisión parezca injusta ante los ciudadanos?

Capítulo VII

LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

I. EXORDIO A LA TEMÁTICA

Se dice que un juez norteamericano puede: 1. Aplicar –apply– la jurisprudencia cuando considera que los supuestos fácticos del precedente son iguales a su caso, 2. Seguir –follow– cuando existen diferencias que no son significativas para no aplicar la jurisprudencia existente utilizándose en este caso el razonamiento analógico, es decir que propiamente no sigue el entendimiento sino lo amplia, 3 Distinguir –distinguish– cuando por diferencias se crea una nueva regla, y 4. Cambiar de entendimiento –overruling–, por haber incurrido en errores[259], de ahí emergen diferentes tipos de sentencias como la reiteradora, o la que cambia, o la que modula la jurisprudencia.

Así entre los diferentes tipos de sentencias que podemos identificar en una línea jurisprudencial en Bolivia tenemos[260]:

259 CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*, en Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, UNAM, México, 2009, p. 277-303).

260 Para Diego Eduardo López Medina en su libro *El derecho de los jueces* puede identificarse a los siguientes tipos de sentencias: 1) las sentencias fundadoras o creadoras de línea que en general son doctrinariamente ampulosas con muchas *obiter dicta,* 2) las sentencias hito que originan cambios de línea jurisprudencial más debatidas y que diferencian *obiter dicta* y *ratio decidendi y,* 3) sentencias confimadoras sin embargo debe considerarse que diferentes tipos de sentencias pueden presentarse en diferentes países por eso en su trabajo adecuado para una capacitación en Bolivia sostuvo: "*La metodología muestra que existen en Colombia al menos tres tipos de sentencias desde el punto de vista de su importancia estructural dentro de la línea: en primer término están las sentencias fundadoras de línea; en segundo lugar, hay sentencias hito; finalmente, hay sentencias que meramente confirman la doctrina*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 142) de ahí que la identificación de diferentes tipos de sentencias en Colombia puede ser diferente en Bolivia.

1. Las sentencias fundadoras o creadoras de línea jurisprudencial[261].
2. Las sentencias confirmadoras[262].
3. Las sentencias que originan cambios de línea[263].
4. Las sentencias moduladoras que son aquellas que generan matices o modulaciones sin contradecir sentencia fundadora[264].
5. Las sentencias aisladas.

Dicha diferenciación es importante, porque si consideramos que se sigue una decisión anterior porque se la entiende como precedente vinculante, entonces ese efecto permite la realización de principios procesales como el de la celeridad, pues desalienta por ejemplo la interposición de apelaciones en casos idénticos a los anteriormente resueltos, de forma que sin vinculatoriedad cada juez emitiría decisiones diversas, las cuales necesariamente tendrían que llegar al Tribunal Constitucional únicamente para ser revocadas, lo que no sólo implicaría el movimiento inútil del

261 Las sentencias fundadoras "*…usualmente proferidos en el periodo 91-92 en los que la Corte aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Son sentencias usualmente muy pretensiosas en materia doctrinaria y en los que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que Llewellyn llamaba grand style. Se apoyan en el vacío jurisprudencial existente para consagrar visiones reformistas de a sociedad colombiana. Algunas de estas sentencias consagraban, en consecuencia, posiciones utópicas e incluso contra-sistemáticas. Su energía política se derivaba de la refundación constitucional de 1991, en una época temprana en que la energía de una nueva creación política todavía corría tumultuosamente por los circuitos políticos…*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 142).

262 Las "*…sentencias confirmadoras de principio 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*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 143).

263 Que por su naturaleza debieran ser más debatidas y fundamentadas que el resto de sentencias que hacen a una línea jurisprudencial es decir su naturaleza debería ser de casi irrebatibles.

264 Las sentencias hito: "*…son 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 variaciones 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. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 143).

aparato jurisdiccional sino un gasto innecesario de los impuestos que pagan los ciudadanos para mantener este aparato.

De ahí que también resulte relevante en la organización de un Tribunal Constitucional diferenciar por ejemplo, a tiempo de admitir una demanda, cuando un precedente "debe" utilizarse y se puede rechazar una causa sin mayor fundamentación que la cita del precedente vinculante en una sentencia que se llama "confirmadora", de cuando un precedente "puede" utilizarse y se constituye en indicativo, es decir que incluso puede estar cubierto de manera general por una afirmación contenida en otra decisión pero que es *obiter dicta* por no tratarse de un caso análogo, por tanto existe la posibilidad de modular la decisión y apartarse de la decisión anterior.

Ahora bien y pese a lo referido en el presente capítulo como lo hice con otros conceptos en este libro, parto de la idea de que la diferenciación entre estos tipos de sentencias no es cualitativa sino cuantitativa, es decir que la diferencia existe pero en ciertos casos dudosos esta diferenciación puede depender de la capacidad argumentativa del juez que interpreta el precedente, pudiendo resultar en ocasiones altamente subjetiva.

II. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DISÍMILES TIPOS DE SENTENCIAS NO EXPLICA NECESARIAMENTE LO QUE HACE UN TRIBUNAL

Frente a un caso un juez puede decidir ampliamente qué debe hacerse, si esto, o aquello (sentencia fundadora), en cambio si encuentra un precedente estará compelido a seguir el mismo (sentencia reiteradora), pero si encuentra un precedente y considera que tiene supuestos fácticos diferentes a los que analiza, distinguirá, o puede con argumentos generales, limitar el entendimiento en estos dos últimos supuestos, no cambia la jurisprudencia sino que determinará que no es aplicable al caso que está conociendo (sentencia moduladora).

En efecto, imaginemos a una persona aprehendida por la policía y remitida fuera de término legal a un juez penal para que el mismo resuelva su situación jurídica, ello habría provocado que el Tribunal Constitucional entienda que por el transcurso

del tiempo la aprehensión inicialmente legal haya devenido en ilegal[265], es decir la regla jurisprudencial establecerá:

Que en todo caso en que se haya sobrepasado el término legal para la remisión de un detenido a la autoridad competente para que resuelva su situación jurídica lesiona la libertad de locomoción del imputado.

Luego puede presentarse otro caso referido a una aprehensión realizada a 600 km. del juzgado, la distancia provocó que el término de remisión sobrepase ampliamente el término legal, sin embargo, se denegó la tutela estableciéndose como sub-regla que:

Si bien debe remitirse a los imputados en término legal, ello puede excusarse cuando materialmente dicha remisión por parte de los policías no es posible.

En este último supuesto no estamos ante el cambio de jurisprudencia del primer caso, sino más bien ante una modulación por disanalogía[266].

Entonces, si como se dijo, una sentencia fundadora es aquella que resuelve una problemática respecto a la cual no existe jurisprudencia anterior alguna, para ello previamente debe determinarse que no existe jurisprudencia análoga, pues de lo contrario, es decir que de existir jurisprudencia vinculante, en realidad debería pronunciarse una sentencia reiteradora[267], pero al no hacerlo el tribunal estaría engañando al público diciendo que hace una cosa cuando está haciendo otra, estaría en realidad cambiando la jurisprudencia, aspecto que también sucede con las modulaciones jurisprudenciales.

---

265 El art. 23.IV de la Constitución boliviana establece que: "*El único objeto de la aprehensión será su conducción ante autoridad judicial competente, quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de veinticuatro horas*".

266 En la SC 0002/2006-R de 3 de enero, el Tribunal Constitucional acogió dicho entendimiento sosteniendo que si bien: "…*el plazo de veinticuatro horas para la realización de la audiencia de medidas cautelares, (es) desde que la persona es puesta a disposición del Juez por parte del fiscal como encargado de la investigación; empero, no es menos evidente que pueden presentarse situaciones excepcionales a esa regla general, que el Juez al momento de fijar la audiencia debe considerar aplicando el principio de razonabilidad*…".

267 "…*la citaciones jurisprudenciales basadas en autoridad meramente conceptual pueden, de hecho, dar lugar a que se cometa una vía de hecho cuando de su utilización se derive que los jueces terminen ignorando o inaplicando precedentes existentes de autoridad analógica. En estos casos se desplaza una sentencia con fuerza primaria de precedente por otra que sólo tiene fuerza secundaria por tratarse de un referente conceptual común*…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 117).

Por ejemplo cuando un amparo constitucional llega a un tribunal, el mismo debe considerar dos principios que rigen a la acción constitucional a saber, el principio de subsidiariedad que impele a agotar instancias, y el principio de inmediatez que en su dimensión positiva por la necesidad de una tutela urgente provoca se prescinda de agotar instancias, es decir, de cumplir el principio de subsidiariedad. Así puede conocerse por ejemplo la problemática de una persona que habiendo sido operada del corazón, mientras se recuperaba en el hospital, se le comunica, que fue destituida de su fuente laboral, entonces interpone acción de amparo constitucional[268], y uno de los jueces que hacen al hipotético tribunal puede entender que debe denegarse la tutela en atención a la legislación que establece claramente el agotamiento de instancia[269], y que en ese caso debió agotarse la vía laboral, debiendo pedirse en dicha instancia medidas cautelares, pero el otro magistrado entenderá que corresponde aplicar el principio de inmediatez y otorgar tutela inmediata. El primer juez creerá que su colega desobedece la Constitución y a la jurisprudencia uniforme y que únicamente debió considerarse el principio de subsidiariedad, en cambio el segundo juez creerá que el primer juez ignora que el caso concreto no se encuentra plenamente reglado por la norma, ni la jurisprudencia, de ahí que entenderá que debe modularse el entendimiento aplicando el principio de inmediatez, debiéndose otorgar la tutela transitoria impidiendo su destitución hasta que la justicia ordinaria laboral resuelva su situación jurídica.

Para explicar lo referido podemos partir de la diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles. En casos fáciles es posible sostener que los jueces se limitan a subsumir el hecho a la ley, la doctrina o la jurisprudencia, en este último supuesto nos encontramos con una sentencia reiteradora, al grado de que la *ratio decidendi*

268 Similar a lo ocurrido en la SC 1049/2005-R referido a un amparo constitucional interpuesto por un trabajador de YPFB que mientras estaba internado por una cirugía cardiovascular fue destituido y ante la falta de claridad respecto a la normativa laboral aplicable se le concedió tutela transitoria "*...hasta que la jurisdicción ordinaria dentro del proceso laboral que debe instaurar el actor, defina su situación*".

269 El art. 129.I de la Constitución boliviana establece: "*La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada… siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados*".

que se encuentra en la sentencia anterior que es citada y se está siguiendo y no en la actual, e incluso si se cambia el juez debería llegar al mismo resultado, en cambio, en los casos difíciles que se presentan cuando la ley no resuelve el caso concreto, o donde otros juristas y sus doctrinas razonables no están de acuerdo[270], el juez no tiene un parámetro objetivo para resolver la problemática y se ve impelido a decidir, de forma que decir que un caso difícil puede resolverse subjetivamente es lo mismo que decir que no tiene solución.

En general se considera difícil un caso cuando:

1. Existe textura abierta en una regla[271], de manera que admite diferentes significados que compiten entre sí y cuyos resultados son antagónicos[272], así un caso difícil puede surgir del desacuerdo del uso o no de un término[273].

2. En casos difíciles, hay más problemas de pertinencia y relevancia, por ejemplo cuando tengo dudas sobre qué derechos debo confrontar para resolver un caso[274].

3. Un caso difícil puede presentarse no porque tenga problemas semánticos, sino por que presenta problemas morales, por ejemplo cuando la ley sostiene algo pero el juez cree moralmente que

---

270 Manuel Atienza diferencia además los que llama: "casos trágicos" que son aquellos cuando el juez no está de acuerdo moralmente con respuesta que brinda el ordenamiento jurídico o cuando la respuesta siempre sacrifica algo valioso.

271 Para Cesar Rodríguez Garavito: "*El tipo paradigmático de caso difícil, al que se limita el estudio de la mayoría de los autores, es aquél en el cual la norma aplicable está formulada en términos vagos, imprecisos, que hacen imposible una subsunción silogística de los hechos y la producción de una sentencia-conclusión. Estos son los casos que Hart tiene en mente cuando habla de la "textura abierta" de las normas… En otras ocasiones, la dificultad proviene de la existencia de dos normas que se pueden aplicar a los hechos del caso… Algunas veces no existe ninguna norma que se aplique al caso, es decir, hay una laguna en el ordenamiento jurídico… Otra fuente de dificultad es la contradicción interna entre fallos del mismo tribunal*…" (RODRÍGUEZ, GARAVITO, Cesar Augusto, *Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana,* en *Nueva interpretación constitucional*, Universidad de Antioquia, Medellín, 1997).

272 "*…la diferencia entre casos fáciles y difíciles parte de la idea de diferenciación entre "núcleo" y "penumbra" de Russell que dijo que si bien en ciertos casos no se sabe cuándo alguien es calvo se tiene que cuando miramos a un calvo por lo general no dudamos en reconocerlo mientras que John Lowenstein jugador de béisbol dijo debían mover la primera base un paso atrás y eliminar las jugadas dudosas*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons, 2013, p. 163).

273 A los litigantes les cuesta entender porque dos abogados de partes enfrentadas en un juicio piden cosas contradictorias invocando un mismo artículo.

274 Por ejemplo Juan Antonio García Amado pone el ejemplo de que la dignidad en el aborto puede encontrarse o bien al lado de la mujer o al lado del embrión de acuerdo a como se vea o se prefiera que este.

debe ser otro el resultado[275], y/o casos políticos, es decir cuando el resultado provoca controversias sociales[276], en estos casos la dificultad no deviene de la norma sino de afuera de ella[277].

4. Por ausencia de criterios científicos que determinen la prueba[278], o cuando no se tenga prueba para resolver una problemática.

Pero además debe considerarse que cuando alguien dice que una problemática es compleja o fácil depende de quien lo sostenga, así una multiplicación puede ser difícil o compleja para un niño y no para un adulto, lo que también le puede suceder a un juez para quien un caso le resultará fácil o difícil de acuerdo a su experiencia, de forma que si ayer resolvió una problemática similar le resultará fácil aunque ello no sea tan evidente para su colega, quien puede considerar que incluso exista una norma clara para una determinada situación el caso puede volverse difícil, por ejemplo cuando la situación que regula el texto se ha visto modificada por el transcurso de tiempo por lo que la norma en su criterio ya no es aplicable[279].

Entonces: ¿Cuándo debe subsumirse una problemática y cuando debe ponderarse el principio de subsidiariedad con el principio de inmediatez en el amparo constitucional?[280]

---

275 Los casos difíciles no tienen forma racional de ahí que no se pueden clasificar de resolverse de manera lógica pues no se tiene información para conocer el resultado de la interpretación o sencillamente son conflictos de valores.

276 Pensemos por ejemplo en una sentencia de reelección presidencial en América Latina donde no existe una institucionalidad lo suficientemente fuerte como para impedirla.

277 Alfonso García Figueroa pone este ejemplo un esposo que viajaba mucho por su profesión de marino y al volver de un largo viaje descubre que su esposa estaba embarazada entonces le plantea divorcio por adulterio pero ella responde que se hizo inseminación artificial con espermatozoides de su esposo que por tanto no podía existir adulterio.

278 En los casos difíciles se requiere ir a argumentos científicos, sociológicos, etc. es decir la sola norma no basta.

279 Este problema no se solucionaría en nada si hiciéramos leyes más largas o completas pues a realidad siempre es más rica que la imaginación del legislador.

280 "…*estamos ante un caso difícil porque la propia noción de caso difícil es una noción difícil y creo que ello se debe a que se trata de una noción pragmática y disposicional. Se trata de una noción pragmática porque la dificultad o facilidad de un caso no depende en principio de propiedades presuntamente intrínsecas de los casos, sino más bien de circunstancias pragmáticas que rodean su configuración y ulterior resolución. Dicho de otro modo, no existe casos fáciles o difíciles en sí, sino más bien casos considerados argumentativamente por los juristas como rutinarios (isomórficos) por oposición a otros que no lo son… Neil Mac Cormick concluye acertadamente a partir de este orden de consideraciones que, en rigor, todos los casos son difíciles, porque todos los casos son pragmáticamente problematizables pero por otro lado no dice (y esto a mí me parece particularmente importante) que el carácter problematizable de un caso*

Si ligamos dicha respuesta con los casos que consideramos como casos fáciles y los casos que consideramos como difíciles, se tiene que dicha diferenciación es el resultado de una interpretación[281], por tanto siempre es *a posteriori* y nunca antes de una problemática[282].

Y dicha interpretación a su vez dependerá de la visión ideológica del juez, así frente a una demanda de inconstitucionalidad relacionada con el tipo penal del aborto confrontado con una norma constitucional que se limita a reconocer el derecho a la vida, un magistrado con una visión y formación anti-positivista que esté de acuerdo con el aborto manifestará que el derecho a la vida debe ser ponderado con los derechos de la mujer, entenderá el caso como difícil, pues le permite resolver de forma amplia[283], por su parte el magistrado que no esté de acuerdo con dicha decisión y tiene una formación positivista sostendrá que al reconocerse el

---

hace referencia a una propiedad no intrínseca, sino disposicional… Una analogía, bien conocida por lo demás para explicar la noción de disposición, puede ser de utilidad aquí. Toda la sal tiene la disposición a disolverse si la sumerjo en agua, pero sólo se disuelve aquella que sumerjo efectivamente en agua. Yo puedo de manera pragmática reducir las posibilidades de que la sal de mi salero se disuelva (las posibilidades de que manifieste su disposición a la disolución) introduciéndola, por ejemplo, en el cajón de mi escritorio, lejos de toda la acción del agua, pero no puede en ningún caso impedir que la sal sea soluble…" (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación conforme a la Constitución – Antinomias y lagunas: caso Hank Rohn.* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 28).

281 "*Más aún, con respecto a toda regla no solo habrá cuestiones discutidas acerca de cómo resolver los casos de penumbra, sino que también habrá discusiones y falta de certeza acerca de si una aplicación está en el núcleo o en la penumbra. Por lo tanto, la distinción entre el núcleo y la penumbra o el contorno, como la penumbra alrededor del sol durante un eclipse, se explica mejor como una escala, un espectro o un continuo y no como un límite tajante*" (SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Marcial Pons, 2013, p. 164).

282 Los términos de la ley y su lenguaje pueden resultar claros para un caso pero oscuros para otro por ejemplo por el paso del tiempo y avances tecnológicos puede provocar que lo que se veía fácil se vea difícil de ahí que pueda suceder que una sentencia constitucional se entienda en sus argumentos y términos para un caso pero no para otro caso.

283 "*La hipótesis que intentaré demostrar a lo largo de este ensayo es la siguiente: en los casos difíciles el juez no lleva a cabo un razonamiento silogístico, como lo sostiene el formalismo jurídico, que va de premisas claramente establecidas (las normas y los hechos) a la conclusión del caso (la decisión). Por el contrario, el estudio de la práctica judicial a partir de un número amplio de casos muestra que el orden del razonamiento es el opuesto; el juez determina la decisión que desea dar al caso y, a partir de ella, como lo sostiene Viehweg, inventa las premisas -esto es, fija las normas y los hechos relevantes- que pueden justificar la conclusión previamente obtenida*" (RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar Augusto, *Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana*. En: *Nueva interpretación constitucional*, Diké, Universidad de Antioquia, Bogotá, 1997).

derecho a la vida existe una regla que impele a prohibir el aborto, por tanto verá el caso como fácil, pues al existir una regla expresa en la Constitución ello impide la ponderación.

Ahora bien, como se dijo, algo similar ocurre respecto a los cambios de jurisprudencia respecto a los otros tipos de sentencias. Un precedente no es ciego, puede cambiarse por los propios jueces o por el Tribunal Constitucional[284], sin embargo, ello debe hacerse de manera expresa y con la debida fundamentación en atención al principio de la confianza legítima que protege al ciudadano de cambios repentinos de jurisprudencia, es decir, el derecho protege una expectativa legítima de la norma propiciada por los propios tribunales[285], lo contrario no solo haría imprevisible la interpretación sino que generaría inseguridad jurídica.

La jurisprudencia puede cambiarse, por ejemplo cuando generó consecuencias jurídicas, políticas o sociales distintas a las previstas, se comprueba que el fallo quedó desfasado por avances de la ciencia y la tecnología, las mutaciones emergentes de las nuevas tendenciales del derecho, la reforma de la Constitución o por la aprobación de tratados internacionales de derechos humanos entre otros. Pero pueden presentarse formas impuras de ir cambiando jurisprudencia, así puede suceder que los jueces dicten una sentencia clara en sus términos pero luego la siguiente decisión pueden sostener que lo que se dijo anteriormente era *obiter dicta* y no *ratio decidendi,* lo que en los hechos es cambiar la jurisprudencia sin decirlo expresamente, y hacen ver cual si el

284 "…*en palabras de Tushnet, "ningún tribunal puede crear un precedente que vincule inexorablemente a sus sucesores; la decisión de sentirse vinculado corresponde tomarla por su propia cuenta y riesgo a los propios sucesores*"…" (ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1984, p. 182) mientras que la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia SU 47-99 sostuvo: "*las eventuales equivocaciones del pasado, no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas, puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencia inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica*".

285 En este sentido la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia sostiene: "*El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme*".

nuevo entendimiento siempre hubiese estado ahí, de forma que oficialmente no se cambia la jurisprudencia[286].

Otras veces puede suceder que la jurisprudencia que incomoda al tribunal es modificada paulatinamente, es decir que la decisión clara es modulada, se hace ambigua o se la limita, para luego de varias decisiones modificar el entendimiento, o sucede que directamente se emitan sentencias francamente contradictorias y que luego se sostenga que la primera decisión era una sentencia aislada[287] que no tiene autoridad vista desde el conjunto de decisiones judiciales, todo ello sucede –repito– pese a que bajo el principio de publicidad todos sabemos que no es bueno que se afirme que se hace algo cuando en realidad se hace lo contrario.

Uno de los criterios que se usan para diferenciar entre casos fáciles y difíciles depende del tipo y de la intensidad de la justificación del caso, se sobreentiende que un cambio de jurisprudencia requiere alto grado de justificación[288], pero como se puede observar el decir que se dicta una sentencia reiteradora cuando en realidad se está cambiando jurisprudencia o creándola permite muchas veces prescindir del debate y argumentación necesario a dicho fin.

286 Un juez de instancia y el siguiente juez puede atacar la jurisprudencia vinculante caso por caso, un tipo de casos o hacer un ataque más amplio es decir puede atacar la doctrina que sustenta a la jurisprudencia.

287 Suele diferenciarse entre precedente que es un solo fallo de la jurisprudencia compuesta por varios fallos y que es diferente a la línea jurisprudencial.

288 Con la debida fundamentación es posible cambiar la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en el AC 0014/2003-ECA emergente de la SC 129/2003-R, en lo referente al nuevo entendimiento jurisprudencial que sostenía que tras declararse la procedencia de un recurso de habeas corpus en razón a que la resolución que ordenaba una detención preventiva no se encontraba lo suficientemente fundamentada, no correspondía la inmediata libertad se sostuvo que: *"... cualquier Tribunal, como lo es el Constitucional, está sujeto a sus precedentes; pero* ***un entendimiento jurisprudencial puede variar cuando conforme a derecho, existen razones y motivos debidamente fundamentados****, a través de los cuales se considera la necesidad de modificar una línea jurisprudencial...".*

III. EL ORDEN NO VIENE DADO SINO LO DAMOS NOSOTROS

Pensemos en la ingente cantidad de sentencias emitidas cada gestión y cuánto tiempo nos demoraría su lectura, sin duda quedaríamos pasmados no solamente de su cantidad sino del tiempo que nos tomaría leerlas y luego ordenarlas[289].

Para reducir la complejidad Diego Eduardo López Medina en su libro: "*El derecho de los jueces*" atiende a la construcción de líneas jurisprudenciales, las cuales pueden elaborarse a partir de la formulación de preguntas que generen al menos dos respuestas con polos o extremos opuestos[290], por ejemplo frente a la pregunta de si: ¿Es la jurisprudencia contenida en un caso vinculante a otros casos semejantes? Existirá entonces un respuesta afirmativa y otra negativa y en el intermedio diferentes respuestas que se aproximan en mayor o menor medida a un polo o al otro como la que establezca que solo son vinculantes las decisiones de altas cortes, o aquella que establece que solo es vinculante la jurisprudencia integrativa pero no la que meramente la describa[291], etc., de lo cual se extrae una tendencia y se tiene mayor probabilidad de conocer cómo resolverá la Corte sus siguientes casos[292].

---

289 "*La lectura desestructurada de la jurisprudencia, en cambio, no enseña mayor cosa: las sentencias se apiñan las unas sobre las otras y cualquier valor cognitivo o jurídico que tengan se pierde en el vacío*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. XXV).

290 "*Una línea jurisprudencial es una idea abstracta: para ayudar a "ver" la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas… El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 141).

291 En Colombia se diferenció entre doctrina integradora que es aquella que crea derecho de la interpretativa que elige entre los diferentes sentidos interpretativos de un texto normativo.

292 "*La gráfica muestra a primera vista otras características de la líneas. Es evidente que a partir de la C-083/95 las interpretaciones empiezan a ser más frecuentes hacia el lado izquierdo de la gráfica, favoreciendo la disciplina de precedentes dentro del derecho colombiano. Es también claro que este tema, antes de 1995, era parte del discurso constitucional de tres magistrados específicos (Angarita, Cifuentes; Gaviria, en ese orden) y que, luego de la expedición de la ley 270/96, la cual contenía un ataque frontal contra la capacidad interpretativa de la Corte, la mayoría de los magistrados pasan a acompañarlos, abandonando la visión más tradicionalista hasta entonces preferida. Después del 96, magistrados de todos los registros teóricos y políticos empiezan a apoyar la tesis de la obligatoriedad del precedente… por tanto no es un cambio radical de la jurisprudencia… Nótese que esta variación pequeña registra dentro del balance constitucional (dentro de la sombra decisional) establecida a esta altura y por tanto no*

Sin embargo se tiene que es posible llegar a resultados diferentes y por tanto manipular la jurisprudencia si reformulo la pregunta o la generalidad de la misma, así si me propongo averiguar si es la jurisprudencia contenida en un caso vinculante a otros casos semejantes llegaré a resultados diferentes si considero como semejante a los precedentes con supuestos fácticos iguales a si considero como caso semejante a los precedentes que sostengan conceptos similares[293].

Realizadas esas observaciones el profesor colombiano propone los siguientes pasos a seguir para construir una línea jurisprudencial:

1) **Punto arquimédico,** es decir se busca una sentencia: "*Que sea lo más reciente posible y que, en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico (o el más cercano posible, al menos) con relación al caso que se está investigando*"[294].

2) **Ingeniería reversa,** de forma que identificada la última sentencia con supuestos fácticos similares –punto arquimédico– se estudia su estructura citacional, se revisan las sentencias que ésta sentencia cita y estas sucesivamente hasta la primera sentencia llamada "hito", la cual funda la línea jurisprudencial al ser: a. la más antigua, b. la más citada por las sucesivas sentencias y c. no cita a otras sentencias similares[295].

---

es un cambio radical de jurisprudencia…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 142); en este sentido, la observación que puede hacerse al profesor colombiano está en que la técnica que propone no permite determinar desde cuando una posición jurisprudencial está vigente.

293 Para identificar una línea jurisprudencia corresponde formular una pregunta y las respuestas contenidas en las "razones de decidir" de las diferentes sentencias que respondan la pregunta mostrarán si existe una línea jurisprudencial sobre la temática sin embargo: "*…no significa de ninguna manera que exista un nivel de generalidad correcto en el que haya que hacer las preguntas…*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 153) es decir que las sentencias terminen de un lado o del otro de la pregunta depende de la pregunta que se formule lo que implica reconocer que puede manipularse la decisión.

294 "*El primer paso es el más difícil: lo llamo el "Punto arquimédico" en referencia a la expresión, adjudicada a Arquímedes "Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo". Con la jurisprudencia constitucional pasa algo similar. El punto arquimédico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 131).

295 "*Así las cosas y antes de empezar a leer la sentencia a profundidad, el investigador debe hacer una lista de las citaciones jurisprudenciales que la sentencia arquimédica contiene. Con esta nuevas referencias a la mano, el investigador puede ahora replicar*

3) **Telaraña y puntos nodales de jurisprudencia,** los cuales emergen de la lectura de las sentencias y de su relacionamiento, en este sentido se encontrará que algunas sentencias son la continuación de otras, a veces son su ruptura y muchas veces van en línea paralela a la sentencia que estemos analizando[296] visualizándose entonces la regla y las sub-reglas.

En mi criterio dicho método es muy limitado, pues considero que la concreción de una línea jurisprudencial depende de un método que de manera objetiva permita interpretar las sentencias diferenciando con claridad la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*[297].

Pero además creo que el libro de Diego López Medina no toma en cuenta que hay diferentes tipos de jueces, así pensemos por ejemplo en D. Kennedy quien de manera genérica identifica: **1)** el juez activista, que es el juez que no está dispuesto a inaplicar la norma pero busca por todos los medios la interpretación alternativa de la norma que alcance o al menos se acerque al tipo de justicia que quiere lograr, es decir: "*Si llega a la conclusión de que el derecho impone la interpretación "equivocada", luchará contra esa conclusión, pero se someterá a ella si no puede elaborar una buena argumentación jurídica en sentido contrario*"[298], **2)** el juez mediador, a quien le interesa la pacificación de los tribunales, de ahí que: "*…deja que los ideólogos decidan indirectamente por él al plantear una elección y luego rechazarla eligiendo el medio*"[299], en

---

el procedimiento hasta que forme un "nicho citacional"…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 133). "*Lo llamo "ingeniería reversa" porque consiste, simplemente, en aprender a construir la línea mediante las citas internas que la Corte hace…*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 170).

296 "*Finalmente, en el tercer paso, el investigador analizará este "nicho citacional" que se ha formado mediante el análisis de las sentencias. Para su sorpresa encontrará, generalmente, que la "ingeniería reversa" no conduce a una masa amplísima de sentencia sino que, por el contrario, termina subrayando la existencia (mediante su continua citación en las sentencias investigadas) de unos "puntos nodales" dentro del nicho citacional. De graficarse el nicho citacional, se vería como unos ciertos puntos están frecuentemente citados en un alto número de sentencias. Esta gráfica, por tanto, se parece a una "telaraña" citacional…*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional,* Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, 2003, p. 134).

297 Diego Eduardo López Medina diferencia entre el análisis dinámico y el análisis estático de la jurisprudencia lo que tampoco parece poder separarse en la práctica.

298 KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de una teoría jurídica crítica.* Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010, p. 40.

299 Ibídem p. 42.

este sentido si bien su punto de vista es externo por tanto no militante para D. Kennedy incluso buscar el medio en una decisión ya es un tipo de ideología y **3)** el juez bipolar, que es aquel juez que resuelve caso a caso y no está seguro de qué posición adoptar en un caso difícil.

En efecto, recuerdo que cuando como consultor del Tribunal Constitucional hice la sistematización de la jurisprudencia de la gestión 2010, observé diferentes posturas respecto a si corresponde o no ordinarizar la resolución emergente de un proceso ejecutivo o coactivo civil previamente a interponer una demanda de amparo constitucional[300], y encontré que:

> En la SC 0487/2010-R de 5 de julio, se denunció que los vocales demandados habían ordenado en un proceso ejecutivo que la Alcaldía Municipal pague una deuda cuando la misma no podía ser demandada en la vía civil por regularse por el derecho público, sin embargo se denegó la tutela porque debió acudirse a la vía ordinaria previamente a interponerse la acción constitucional.

Asimismo observé que:

> En la SC 0206/2010-R de 24 de mayo, emergente de un proceso ejecutivo se denunció que la demanda se dirigió en contra del representante de la empresa como persona natural y no contra la sociedad comercial, denegándose la tutela por el órgano de control de constitucionalidad porque lo referido en su criterio no era evidente, es decir que el demandado suscribiera el documento como representante de la persona colectiva, de forma que se resolvió la problemática de fondo sin remitir el asunto al proceso ordinario.

Pensé que los jueces suscribientes de ambas decisiones eran "bipolares" y que bien podría citar en el trabajo ambas posiciones, empero, por instrucciones posteriores se determinó que mi trabajo no podía sistematizar sentencias aparentemente contradictorias[301].

---

300 El art. 50.III de la Ley de Abreviación Procesal Civil y Asistencia Familiar establecía: "*Queda a salvo, para cualquiera de las partes, el derecho a promover demanda ordinaria en la forma prevista por el art. 490 y se tramitarán por separado*".

301 En lo personal creo que la sistematización de jurisprudencia debiera identificar y mostrar las sentencias contradictorias.

Encontré luego la SC 2885/2010-R de 17 de diciembre, que en un proceso coactivo civil donde se notificó por edictos al demandado cuando supuestamente el coactivante conocía su domicilio real, se denegó la tutela por el Tribunal Constitucional porque no se demostró que la parte demandante conociera el domicilio del demandado. Ahora bien, en ese caso el órgano de control de constitucionalidad aclaró que: "…*la ordinarización del proceso coactivo civil en el plazo de seis meses de haberse emitido la Sentencia, implica que se impugna lo determinado con relación a la demanda en base a un título coactivo, el fondo de lo resuelto en ella y sobre las excepciones sustanciadas, si hubieran sido formuladas, que no se pudieron demostrar dentro del mismo, circunstancias que no se presentan en la problemática de la acción tutelar, por cuanto el accionante aduce la vulneración del derecho a la defensa de su representada, al haber sido citada con la demanda coactiva mediante edicto cuando la institución coactivante conocía su domicilio*", lo que implica que el proceso ordinario no puede revisar las denuncias referidas a la tramitación del proceso coactivo civil o ejecutivo, por tanto una denuncia semejante da lugar a la interposición directa del amparo constitucional.

Pronto a concluir la consultoría creí –tal cual si fuese un juez mediador– que la posición contenida en la SC 2885/2010-R era la que debería figurar en la sistematización jurisprudencial, pues si bien no modificó expresamente la jurisprudencia existente la armonizaba, pero además la misma era posterior a la SC 0487/2010-R y la SC 0206/2010-R.

Decidí nuevamente consultar a los encargados sobre la pertinencia de citar tal sentencia en la sistematización encargada, los cuales decidieron que no figure ninguna de las referidas sentencias y pensé entonces que si mi labor hubiese sido la de un juez que no puede dejar de resolver una problemática similar el criterio para elegir la sentencia aplicable era muy similar a mi labor como consultor al clasificar las referidas sentencias, en definitiva de forma valorativa y no descriptiva.

Otro ejemplo al respecto lo podemos extraer del propio libro de Diego López Medina respecto a la construcción de la línea jurisprudencial sobre vías de hecho, la misma era muy variada y atingía a distintos tópicos entonces cuenta que la Corte colombiana reordena y sistematiza la jurisprudencia y abandona la

noción de "vía de hecho", debido a que constituye un concepto cuyo parámetro de verificabilidad se limita al contraste con la ley pero que una decisión judicial arbitraria no necesariamente debe ir contra la ley, pues esta también se presenta cuando se equivoca al valorar la prueba o va contra la jurisprudencia, entre otros[302], es decir a título de ordenar la jurisprudencia se reconstruye una noción jurídica y se le da un sentido diferente al que podría tener de forma individual cada una de las sentencias analizadas por la Corte.

Entonces si cada uno de los tipos de jueces identificados por D. Kennedy deben resolver una problemática desde su propio punto de vista, desde lo que consideran necesario o correcto[303], entonces también lo harán al interpretar la jurisprudencia, es decir que el juez activista buscará la interpretación alternativa de la jurisprudencia, el juez mediador intentará dar certidumbre a la jurisprudencia, y el juez bipolar tendrá una interpretación errática de la jurisprudencia lo que incidirá en la construcción de líneas jurisprudenciales.

De ahí que cuando un tribunal genera una ingente cantidad de sentencias y es desbordado no puede identificarse líneas jurisprudenciales[304], de manera que se encuentran sentencias que cambian, reconducen, modulan o francamente se contradicen[305], el método de construcción de líneas jurisprudenciales no descubre sino que crea un orden con el material disponible, en esos casos la coherencia de la jurisprudencia nunca es *a priori* sino siempre *a posteriori*[306].

---

302 "*De esta forma se concluye que una tutela contra providencia judicial no requiere ser una "vía de hecho", sino que hace referencia a algunas de las causales específicas donde la Corte ha visto que las providencias judiciales afectan derechos fundamentales. Esto resulta ser, como apreciará el lector, una reconstrucción fuerte de la ratio decidendi de las sentencias anteriores. Estas sentencias quedan así confirmadas doctrinalmente, aunque se ofrece un nuevo y verdadero (según la Corte) principio jurisprudencial detrás de ellas*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 229).

303 Para D. Kennedy desde su ideología.

304 Por este mismo motivo se dice que no se debería hablar de "líneas" sino de "curvas" jurisprudenciales.

305 En el capítulo 1 de este texto mostré como la SCP 0076/2012 de 12 de abril, de la Sala Primera Especializada, estableció que la sanción a los padres y madres progenitoras sancionados en proceso administrativo debe efectivizarse inmediatamente mientras que la Sala Segunda en la SCP 0086/2012 de 16 de abril, entendió que la sanción debía prorrogarse hasta que su hijo cumpla un año de edad.

306 "*La coherencia al interior de un sistema normativo no es un dato preexistente; se trata, en vez, de un constante esfuerzo por obtener una masa de normas, procesos e*

Si consideramos que la naturaleza del hombre es la de fabricar sentido incluso sepamos que algo no tiene sentido, entonces tenemos que así como el mundo igual que la ley parece tener sentido la jurisprudencia de un tribunal desordenado como el boliviano no tiene sentido, el sentido se lo damos nosotros, aspecto mencionado pero descuidado en: "*El derecho de los jueces*"

En efecto Diego López Medina sostiene hacer una teoría jurisprudencial anti-formalista frente a la legislación[307] pero ignora que la jurisprudencia en realidad puede ser más formalista que la propia ley y provocar que el trabajo de los jueces se resuma ya no en la subsunción de la ley sino de la jurisprudencia, lo que implica incurrir en un nuevo formalismo, aspecto reconocido por el referido profesor en la medida en la que acepta que en Colombia los operadores de justicia están tan acostumbrados a razonar de forma abstracta que las sentencias se leyeron haciendo abstracción a las circunstancia del caso concreto como si fueran leyes[308], de ahí que si bien en su momento ayudó en Colombia a visualizar una problemática, no pone fin a la problemática que aparentemente se pretende resolver, es decir, si se sostiene y alienta que la jurisprudencia es vinculante no deja en claro exactamente qué es lo que es vinculante de una decisión judicial[309].

---

instituciones lo más funcional, eficiente y justo posible. La coherencia es, si se quiere, el esfuerzo por entender un sistema que nace entre las tensiones que generan sus múltiples niveles surcados por la polivalencia política, por la complejidad normativa, por la multitud de trasplantes y préstamos jurídicos, por la herencia intelectual y material de épocas dispares…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 337).

307 Sostiene: "*…por "formalismo", entiendo el hábito intelectual de los estudiosos de derecho para quienes un problema jurídico se resuelve predominante o exclusivamente, mediante el análisis, más o menos detallado, de las reglas de origen legislativo que se han promulgado al respecto…*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 266) el problema de esta visión es que se cree que solo se puede hacer formalismo con la ley y no con la jurisprudencia lo que no es cierto.

308 "*Es claro que la disciplina del precedente choca con la cultura jurídica hegemónica y que este choque tiene relevancia para un análisis más realista, por oposición al formalista, del problema*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 106) lo que se reitera no es evidente uno puede subsumir ciegamente tanto a la ley como a la "doctrina legal aplicable".

309 "*Después de este repaso general del concepto de línea jurisprudencial, algunas precauciones están en orden: el método aquí presentado parecería sugerir que la identificación de las sentencias hito es un proceso mecánico, cuasi-científico; pero es claro aquí, como en el resto del derecho, que los problemas jurídicos son hermenéuticos y que los disensos se resuelven, no recurriendo a metodologías duras, sino a la capacidad de convencer a una audiencia de la validez de las propias estrategias argumentativas…*" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006,

Las sentencias ambiguas no concluyentes en argumentos y en su redacción dan lugar a diversas interpretaciones e inseguridades, así en dicho libro se analiza la sentencia de la Corte Constitucional colombiana SU-47/99 y se identifica dos posturas contradictorias y en permanente tirantez una que sostenía que la identificación de lo que es *ratio decidendi* y de lo que es *obiter dicta* no puede ser arbitrario y un siguiente párrafo donde se sostiene que en realidad es el juez posterior a quien le compete hacer dicha diferenciación lo que se entiende como contradictorio[310], pienso que es lo mismo lo que pasa en el libro cuando por una parte se sustenta que: "*El peor enemigo de los derechos fundamentales en Colombia es, por una rara paradoja, su uso desestructurado, indiscriminado y repetitivo… los asesores profesionales deberían suministrar a sus clientes un conocimiento más detallado de sus derechos y no simplemente una "apuesta" a ver si en algún caso concreto se gana la tutela*…"[311] lo que implica una pretensión de poner límite a la facultad creadora del juez y al mismo tiempo se sostiene todo lo contrario es decir: "*La línea, como se ve en los ejemplos que hemos dado hasta ahora, no predetermina de manera mecánica el resultado*"[312], lo que es contrario a lo referido en la medida en la que desvirtúa sin duda el anterior propósito, lo que bajo esos términos implica la continuación de la ambigüedad ya contenida en la jurisprudencia de ese país[313] ahora visualizada en su doctrina relevante.

---

p. 183) esta parte da significativa ambigüedad al trabajo del profesor colombiano al relativizarlo pues tras establecer un método para identificar la jurisprudencia vinculante el profesor sostiene en los hechos que es subjetivo.

310 "*El lector puede observar en estos párrafos dos fuerzas que tiran en sentidos más o menos opuestos, a pesar de los esfuerzos de la Corte por reconciliarlas: en el primer párrafo se hace énfasis en que los jueces obren con virtudes pasivas y solo reconozcan como ratio decidendi "Aquellas consideraciones normativas que sean realmente necesarias para decidir el asunto". Esta advertencia busca evitar que los jueces inventen rationes decidendi que no aparecen realmente en el texto y que, por tanto, desvirtuarían el deber de obediencia al mismo. Se trata dentro de esta visión, de evitar el capricho y la arbitrariedad judiciales…. El segundo párrafo de la Corte, empero, sugiere otra línea muy diferente de argumentación: el sentido de un precedente, como el de cualquier otro texto, debe ser precisado por sus lectores. Incluso en aquellas prácticas hermenéuticas en que es preciso guardar fidelidad al texto (como en el derecho, por oposición al análisis literario), el "sentido" o "significado" central de los textos en todo caso depende de los lectores*…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 222).

311 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. XXV.

312 Ibídem. p. 117.

313 "*Esta interpretación de la causal de casación (en la que se continuaba protegiendo el precedente vertical de la Corte Suprema) sólo vino a ser abandonada, según la Corte*

La postura del libro muestra un gran esfuerzo por exponer una teoría de la jurisprudencia objetiva[314], pero creo que hubiese bastado que se mostrara dos posiciones extremas, una que reconozca a la jurisprudencia sobre la ley y la otra que rotundamente la niegue a partir de dichos extremos mostrar las posibilidades intermedias, sin embargo, el libro es un ataque a la postura que llama "legalista" y es un llamado para que los jueces asuman una postura activista de forma que no denota lo suficiente la tensión entre ambas posturas, lo referido hubiese permitido entender claramente lo que es una línea jurisprudencial como un conjunto de decisiones que se incrementan, cambian, modulan, etc. y lo aseverado en sentido de que: "…*las justificaciones son simplemente teorías jurídicas morales y políticas que están en continua re-elaboración y que permitan sucesivas re-racionalizaciones de las decisiones pasadas*…"[315].

IV. DOS EJEMPLOS DEL ANÁLISIS DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

A continuación procederé a realizar el análisis de dos líneas jurisprudenciales vistas desde un determinado punto de vista teórico[316] y que en mi criterio responden a la realidad jurisprudencial de ahí que permiten explicar no lo que debería ocurrir sino lo que efectivamente sucede en tribunales.

Constitucional, en el año 1916. Esto significa que hubo un periodo prolongado en la jurisprudencia de casación en la que coexistieron pacíficamente la idea de "doctrina probable", y la casabilidad de sentencias por violación de dicha doctrina probable, lo que probaría, entonces, que no se trataba de un sistema de jurisprudencia meramente indicativa o potestativa" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 80).

314 "*Este examen del precedente no es, por tanto, una propuesta sobre lo que el derecho debe llegar a ser según la opinión del autor, sino más bien, una descripción de una importante transformación del derecho colombiano en el mismo proceso, aún no consumado, de su acaecimiento*…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 337); sin embargo, dicha postura consciente o inconscientemente implica adoptar una posición ideológica.

315 Ibídem. p. 239.

316 "*La determinación de la subregla jurisprudencial sólo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes*…" (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, Bogotá, 2006, p. 139) es decir así como es imposible entender una sentencia sino contextualizarla en la línea jurisprudencial pues nos llevaría a la dispersión así tampoco es posible entender la línea jurisprudencial sin un contexto teórico que en definitiva da sentido a la misma.

Analizaré en primer lugar la jurisprudencia constitucional boliviana que hace referencia a los requisitos necesarios para que el Tribunal Constitucional pueda ingresar a un análisis de fondo de una determinada problemática basada en la interpretación de la ley, en este sentido intentaré concluir que dicha jurisprudencia puede leerse de diversas maneras una implícita dirigida a los funcionarios del órgano de control de constitucionalidad que pueden entenderlo como una opción para deshacerse de los casos que les incomodan o en su caso para aliviarse de trabajo, mientras que para el litigante la lectura explícita hará referencia a condiciones aparentemente objetivas para acceder a la justicia constitucional cuando se impugna la interpretación de legalidad realizada por jueces ordinarios.

La segunda problemática a analizar en el capítulo nueve refiere a los estándares de justificación de una decisión judicial, al respecto considero que las normas y la jurisprudencia establecen el deber de fundamentar una decisión pero en realidad con ello no dicen mucho, de ahí que la decisión de si una resolución judicial está o no fundamentada depende de la combinación de diferentes aspectos como el contexto cultural, el nivel de exigencia del público y de la formación de los jueces a quienes les toca fundamentar.

Con dicho análisis pretendo mostrar que para comprender la jurisprudencia en su verdadera dimensión no bastan los conceptos teóricos que nos enseñan en la universidad tales como *ratio decidendi*, vinculatoriedad o precedente sino que más bien es necesario atender a visiones más amplias que abarquen la realidad en la cual un juez debe resolver un caso concreto de forma que nos permita conocer lo que efectivamente hace un juez más que a lo que dice que hace aspecto que a mi pesar creo hemos ignorado en nuestras aulas universitarias.

Capítulo VIII

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN LEGAL: LÍMITES INCIERTOS

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando Hans Kelsen propuso entregar el monopolio del control de constitucionalidad a un órgano especializado como es el Tribunal Constitucional, concibió al mismo como legislador negativo con capacidad para abrogar o derogar, pero no para crear legislación, es así que por lógica consecuencia se encontraba vedado de resolver o revisar casos concretos; es decir, sus facultades deberían ser legislativas pero no jurisdiccionales, situación que sin duda diferenciaba dicho modelo al difuso de control de constitucionalidad.

Posteriormente, con la atribución entregada a los Tribunales Constitucionales de conocer acciones tutelares interpuestas contra actos y omisiones que menoscaben o supriman derechos, éstos empezaron a revisar resoluciones de los Tribunales Ordinarios, hecho que generó conflictos de naturaleza constitucional denominados según el caso como "guerra de cortes", "choque de trenes", etc.

Por ejemplo, se tiene que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo de Justicia, se encuentran previstos en la Constitución y por ende tienen rango constitucional, lo que provoca que cuando existe una diferencia interpretativa entre ambos la misma no se produce entre un juez ordinario y otro constitucional sino más bien entre órganos constitucionales, de forma que su relación no es de jerarquía sino de competencia, de ahí que ninguno debería entorpecer las atribuciones del otro órgano.

Conscientes de ello, los Tribunales Constitucionales con el fin de separar su labor interpretativa como órganos especializados de control de constitucionalidad respecto a los jueces ordinarios

especializados como son los civiles, penales, laborales, etc., suelen establecer requisitos a las demandas de amparo constitucional[317]

Sin embargo y pese a lo referido cuando un Tribunal Constitucional deja sin efecto las decisiones de un Tribunal "Supremo" de Justicia por diferencias interpretativas, la decisión del otro deja de ser "suprema" y los ámbitos de competencias entre ambos Tribunales se desvanecen volviéndose nominales; es decir, si los requisitos para que la justicia constitucional ingrese a realizar la revisión de la interpretación legal se define unilateralmente por el Tribunal Constitucional, entonces los límites reales dependerán únicamente de la auto-restricción que haga el mismo.

317 Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-1036/02 de 28 de noviembre de 2002 estableció al respecto la Corte Constitucional de Colombia, estableció que: "*En igual sentido, la Corporación ha manifestado, que "cuando la decisión está sustentada en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o de la interpretación de las normas aplicables, no podría ser discutido por la vía de la acción de tutela. Sin embargo, cuando la decisión está sustentada en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o de la interpretación de la normas aplicables, no podría ser discutido por la vía de la acción de tutela , toda vez que atentaría contra el principio de la autonomía judicial en virtud del cual, cuando el juez aplica una ley, debe fijar el alcance de la misma, es decir, debe darle un sentido frente al caso concreto –función interpretativa propia de la actividad judicial, a menos que la disposición tenga un único y exclusivo entendimiento*" por su parte el Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 04004-2012-PA/TC de 22 de mayo de 2013 estableció: "*…a juicio del Tribunal Constitucional, la presente demanda debe desestimarse, pues vía de amparo se pretende que el juez constitucional se pronuncie respecto a materias ajenas a la tutela de derechos fundamentales como son las relativas a la aplicación de las normas administrativas en materia laboral, siendo pertinente señalar que tanto la valoración y/o la determinación de la suficiencia de los medios probatorios, así como la interpretación de las normas legales y/o administrativas para cada caso concreto es un asunto que corresponde ser dilucidado únicamente por el juez ordinario al momento de expedir la sentencia, y que, por tanto, escapa del control y competencia del juez constitucional, a menos que pueda constatarse una arbitrariedad manifiesta por parte de la autoridad emplazada que ponga en evidencia la violación de derechos de naturaleza constitucional, lo que no ha ocurrido en el presente caso*…" y el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0135/2012 de 4 de mayo de 2012 estableció que: Tribunal Constitucional de Bolivia, señaló que: "*Con carácter previo al análisis de fondo de la problemática planteada, es necesario reiterar que la jurisprudencia constitucional, con referencia al alcance de la acción de amparo constitucional, en similares casos en los que se exigía a la jurisdicción constitucional examinar la interpretación realizada por la ordinaria –de normas jurídicas-, estableció que la labor interpretativa de las normas legales ordinarias le corresponde a los jueces y tribunales ordinarios; sin embargo, se estableció el canon de constitucionalidad en esa interpretación, manifestando la siguiente doctrina jurisprudencial conforme la SC 1846/2004-R que señala: "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 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; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas*…".

En este contexto, el presente trabajo analiza la posibilidad de que en Bolivia la diferenciación teórica entre interpretación constitucional e interpretación legal en demandas de amparo constitucional pueda constituirse en un criterio que separe de manera cierta las atribuciones de la justicia constitucional y las de la jurisdicción ordinaria.

II. LA INTERPRETACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN COMO SUPERACIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL DE LEGALIDAD.

Son diversos los criterios para la diferenciación entre la interpretación constitucional y la interpretación legal.

Desde un punto de vista orgánico, la diferenciación dependería de qué juez proviene la interpretación, de tal forma que básicamente el Tribunal Constitucional realiza la interpretación constitucional, mientras que los jueces ordinarios la interpretación de legalidad.

Para otros en cambio, el criterio prevalente de dicha diferenciación recae sobre la norma a utilizarse, vale decir, el juez ordinario funda su decisión en la ley, en cambio el juez constitucional en la Constitución.

En efecto, la Constitución y la ley, se diferencian: por su origen, ya que la Constitución emerge del poder constituyente a diferencia de la ley que emerge de un poder constituido; por su estructura lógica-jurídica, es decir, el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico y la función que cumplen la Constitución y la ley son diferentes y por su contenido pues la ley rige las conductas particulares de los individuos a diferencia de las normas constitucionales que rigen políticamente a la sociedad, situación que explica el mayor grado de abstracción de la Constitución respecto a las leyes de forma que: "*La Constitución no nació para expresar la regularidad de comportamientos individuales como ley, sino para convertirse en un cauce a fin de que la sociedad se conduzca políticamente y en libertad*"[318].

318 HAKANSSON-NIETO, Carlos, *Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación,* en Díkaion*,* Universidad de la Sabana, Colombia, 2009, 55-77).

De lo referido se tiene que el carácter dinámico y amplio de la Constitución, al abarcar aspectos extrajurídicos como lo social y político, entre otros, permite que sus normas en general principistas admitan mayor cantidad de interpretaciones que las que admiten las leyes, máxime cuando a diferencia de éstas no cuentan con una estructura de supuesto-consecuencia, de ahí que: "… *en la interpretación jurídica de las normas en general el intérprete posee siempre un marco normativo de referencia representado por la Constitución, la interpretación de las normas constitucionales carece de dicho marco*"[319].

Por otra parte, se tiene la posición de aquellos que niegan la diferenciación entre interpretación constitucional e interpretación legal, así sostiene Rolando Tamayo y Salmorán que: "…*si se piensa que la Constitución es diferente de los otros materiales jurídicos, por considerarla el primer acto condicionante, entonces habría que reconocer que sería tan diferente como lo es el segundo del tercero, el tercero del cuarto, etcétera, ¿esto es suficiente para romper la unidad del objeto de la ciencia del derecho? Establecer una diferencia de objetos en atención a su prelación (prelación completamente relativa) es tan absurdo como pensar que el padre de un individuo no sería objeto de la antropología en el mismo sentido que este último, o tan absurdo como considerar que el 3 necesita de una matemática especial...*"[320], mientras que otros sostienen que entre la interpretación constitucional y la legal la diferencia es de grado y por ello sostienen que corresponde utilizar los mismos métodos interpretativos.

Ahora bien, debe considerarse que la constitucionalización del ordenamiento jurídico provoca que la Constitución condicione el contenido de las leyes, lo que implica que las mismas necesariamente deben interpretarse desde la Constitución, es decir: "*...del carácter normativo de la Constitución no sólo se deriva la anulación de leyes incompatibles con ella sino, en general, la exigencia de interpretar y aplicarlas de conformidad con la norma*

319 DE ASÍS, Rafael. *Sobre la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural, en* Papeles el tiempo de los derechos, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, España, 2010, p. 2).

320 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica,* en La Interpretación Constitucional, UNAM, México, 1975, p. 125).

que preside el ordenamiento jurídico"[321], por ello la actividad de la justicia constitucional no se agota en la confrontación de una ley y la Constitución sino que abarca a la interpretación de la ley en el marco de la Constitución –interpretación sistemática– y por ello alcanza a las controversias que los jueces ordinarios deben resolver lo que en los hechos diluye la diferenciación entre lo que es interpretación constitucional y legal.

En efecto, la Constitución es desarrollada por la ley, de ahí que la ley al precisar sus contenidos pueda utilizarse en ciertos casos para interpretar la Constitución, pero al mismo tiempo la diferenciación entre disposición –texto– y norma –significado del texto– denota la posibilidad de que una disposición pueda tener varios significados que a su vez provoca que tanto el juez ordinario como el juez constitucional deban rechazar aquellas interpretaciones de la ley que se contrapongan a la Constitución, provocando que la interpretación constitucional y legal se realice en doble sentido; vale decir, para interpretar la Constitución puede tomarse en cuenta la ley que la desarrolla, pero para interpretar la ley necesariamente debe tomarse en cuenta a la Constitución. Es decir, la relación entre Constitución y ley, es recíproca y por ello:

Los jueces ordinarios deben considerar los contenidos de la Constitución para interpretar las leyes, de forma que en un modelo concentrado de control de constitucionalidad: "…*si los órganos de la administración no pueden efectuar una interpretación constitucional de tipo negativo, es decir, negarse a aplicar una disposición legal por estimarla opuesta a la Constitución, por el contrario, si están facultados, e inclusive obligados, a realizar una interpretación propositiva para armonizar los textos legislativos que sirven de fundamento a su actuación, con las normas y principios de la Constitución*…"[322].

En este sentido, los jueces ordinarios deben realizar una interpretación de las leyes "desde" la Constitución, optimizando su

321 CARPIO MARCOS, Edgar. Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana), en Laciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix– Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, UNAM, 2008, p. 155-174).

322 CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano,* en La interpretación constitucional, UNAM, 1975, p. 9-58).

contenido y en su caso si encuentran diferentes opciones interpretativas corresponde efectúen una interpretación "conforme" a la Constitución, eligiendo la interpretación que resulte constitucional y desechando las incompatibles.

Y al Tribunal Constitucional no sólo le corresponde efectuar una interpretación "de" la Constitución sino la interpretación del ordenamiento jurídico "desde" y "conforme" a la Constitución según el caso.

Asimismo, debe recordarse que en los hechos para la determinación de los contenidos constitucionales corresponde que el órgano de control de constitucionalidad utilice las leyes que desarrollan la Constitución, de forma que: "*Como quiera que tanto el contexto jurídico-material como el jurídico-funcional apunta en el sentido de una conservación de la ley, la interpretación con arreglo a la Constitución interpretará la norma constitucional en cuestión, en la medida de lo posible, en el sentido en que el legislador la ha determinado. La interpretación de la ley con arreglo a la Constitución supone, por tanto, en su repercusión de modo reflejo sobre la interpretación constitucional, una interpretación de la Constitución con arreglo a ley*"[323]. Así por ejemplo, en el control de constitucionalidad de un estado de excepción por parte del Tribunal Constitucional, no podría dejar de utilizarse la ley que los regula ello en atención al mandato contenido en el art. 139.III de la Constitución Política del Estado, que establece: "*Los estados de excepción serán regulados por la ley*".

Entonces, si los jueces constitucionales así como los jueces ordinarios para la resolución de una problemática concreta deben utilizar la Constitución y la ley al mismo tiempo, normas que por otra parte interactúan mutuamente de forma que la legalidad incorpora como primer elemento a la Constitución que a su vez reenvía su desarrollo a las leyes, ello provoca que la distinción sea eminentemente teórica; es decir, que pueda verse con claridad en los libros pero muy difícilmente en las sentencias.

323 QUIROGA LEÓN, *Aníbal. La interpretación constitucional,* en Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, Perú, 1985, p. 323-343).

III. REVISIÓN A LA INTERPRETACIÓN LEGAL POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA A TRAVÉS DE AMPAROS CONSTITUCIONALES

La Constitución boliviana diferencia con claridad a la jurisdicción ordinaria[324] –cuya máxima instancia radica en el Tribunal Supremo de Justicia– de la justicia constitucional[325] –ejercida en última instancia por el Tribunal Constitucional Plurinacional–, aspecto relevante en la satisfacción del principio de subsidiariedad que rige en la acción tutelar de amparo constitucional, cuya finalidad conforme al art. 128 de la Constitución Política del Estado, es la de resguardar a toda persona contra "…*actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir, los derechos reconocidos por la Constitución y la ley",* por tanto no equiparable a una apelación o a una casación[326].

En coherencia con lo referido la SC 1358/2003-R de 18 de septiembre, separando la actividad de la justicia constitucional de la jurisdicción ordinaria, sostuvo que el amparo constitucional: "…*no es un recurso casacional que forme parte de las vías legales ordinarias, lo que significa que sólo se activa en aquellos casos en los que se supriman o restrinjan los derechos fundamentales o garantías constitucionales, por lo mismo no se activa para reparar supuestos actos que infringen las normas procesales o sustantivas, debido a una incorrecta interpretación o indebida aplicación de las mismas*".

En efecto, el diseño del proceso ordinario potencia las facultades probatorias de las partes intervinientes, además de permitir la realización de la oralidad e inmediación, lo que no sucede con la tramitación del amparo constitucional, de forma que si el juez constitucional pudiese ingresar a resolver la cuestión litigiosa sustituyendo a la autoridad natural no sólo obstaculizaría la labor

324 El art. 179.I de la Constitución boliviana, establece que: "*La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesinas se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley".*

325 El art. 179.III de la Constitución boliviana establece que: "*La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional*".

326 Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 1473/2003-R de 7 de octubre.

de la jurisdicción ordinaria, sino que violaría el debido proceso de las partes procesales en su elemento del juez natural.

Ahora bien, en lo referente a la necesidad de efectuar una argumentación especial establecida por la jurisprudencia como requisito para posibilitar que la justicia constitucional revise la interpretación legal efectuada por órganos jurisdiccionales ordinarios se tiene que:

La SC 1031/00-R de 6 de noviembre, pronunciada en una demanda de amparo constitucional y que se constituye en la primera sentencia constitucional relevante en la materia, la misma que emergió de un proceso civil instaurado entre agencias de viaje contra una aerolínea, por supuesta modificación unilateral, intempestiva y arbitraria del monto de comisión, que las agencias de viaje alegaban les correspondía cobrar.

En dicho proceso, las referidas agencias solicitaron medida cautelar de no innovar contra la aerolínea, disponiéndose por la autoridad judicial la retención y depósito de la diferencia debatida judicialmente pero esa orden judicial fue incumplida por la aerolínea generando una sanción económica, misma que fue impugnada y revocada en apelación bajo la interpretación de que las sanciones por incumplimiento únicamente procedían frente a sentencias o autos definitivos que resuelvan el fondo de la controversia pero no respecto a medidas cautelares.

Planteada la demanda de amparo constitucional por incorrecta aplicación de la ley, la misma fue denegada por el Tribunal Constitucional con el siguiente argumento: "*Que, dentro de un Recurso de Amparo Constitucional no corresponde a este Tribunal juzgar el criterio jurídico con el que el Tribunal de Apelación, hoy recurrido, interpretó el art. 184 del Código de Procedimiento Civil para fundar su resolución, de hacerlo estaría saliendo del marco de su competencia para invadir otra jurisdicción, pues conforme al objeto del Recurso de Amparo corresponde verificar si los hechos ilegales denunciados restringen, suprimen o amenazan suprimir los derechos y garantías de los recurridos reconocidos en la Constitución y las leyes; en ese orden, conforme se tiene expresado en el anterior Considerando no existe evidencia alguna de que la resolución impugnada hubiese restringido o suprimido los derechos y garantías que los recurrentes dicen se hubiese vulnerado*".

De la SC 1031/00-R, puede extraerse que las autoridades judiciales tienen la competencia de seleccionar el sentido interpretativo que consideren ajustado al texto de una ley; es decir, ante varias interpretaciones de una ley les corresponde elegir la que consideren más adecuada a la causa que les toca resolver pudiéndose impugnar dicha interpretación a través de una demanda de amparo constitucional con el único requisito de acreditar de que la misma provocó la vulneración de derechos y garantías.

De forma posterior, la SC 1846/2004-R de 30 de noviembre, revisando la interpretación legal del art. 80 de la Ley de Abogacía, efectuada por las autoridades judiciales ordinarias determinó que la calificación de honorarios profesionales en el diez por ciento conforme el arancel del Colegio de Abogados de Santa Cruz, no procede respecto al monto litigado sino al monto efectivamente recuperado.

En este contexto, la referida Sentencia estableció que: "…*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*…", aspecto que para el órgano de control de constitucionalidad debía ser acreditado por la parte accionante pero que además generó lógicas contradictorias respecto a la naturaleza de la acción de amparo constitucional, ello si se considera que la jurisprudencia constitucional era y es uniforme al rechazar la tutela a través de la referida acción tutelar de principios constitucionales, así la SC 0073/2006-R de 25 de enero, estableció que: "...*el amparo constitucional es una vía tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, no es una vía de protección o resguardo de los principios constitucionales*…".

Lo anterior provocó que, en un mismo sorteo de causas el Tribunal Constitucional rechace las demandas de amparo constitucional que únicamente invocaron principios constitucionales[327], pero al mismo tiempo, rechace las demandas de amparo constitucional dirigidas en contra de resoluciones judiciales que alegaron

327 Así por ejemplo las SSCC 1819/2003-R, 0323/2010-R, 0291/2010-R, 2330/2010-R.

que la interpretación legal lesionó sus derechos, justamente por no precisar la forma en la cual se vulneraron dichos principios[328].

En lo sucesivo, la jurisprudencia constitucional fue ambigua respecto a los requisitos necesarios a cumplirse en una demanda de amparo constitucional, para que la justicia constitucional ingrese a revisar la interpretación legal de los jueces ordinarios.

Así la SC 0386/2006-R de 21 de abril, dentro de un proceso penal en el cual se alegaba incorrecta aplicación del art. 185 Bis del Código Penal, que tipifica el delito de Legitimación de Ganancias Ilícitas, estableció que era necesario que la parte que interpuso la acción de amparo constitucional:

> "1. Explique por qué la labor interpretativa impugnada resulta insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda o ilógica o con error evidente, identificando, en su caso, las reglas de interpretación que fueron omitidas por el órgano judicial o administrativo, y
>
> 2. Precise los derechos o garantías constitucionales que fueron lesionados por el intérprete, estableciendo el nexo de causalidad entre éstos y la interpretación impugnada; dado que sólo de esta manera la problemática planteada por el recurrente, tendrá relevancia constitucional".

Es decir, en el listado de condiciones para que el Tribunal Constitucional ingrese a conocer el fondo de la problemática, no se hizo referencia a la necesidad de invocar principios.

Sin embargo, en la SC 0685/2006-R de 17 de julio, se utilizó como una fórmula para rechazar la demanda de amparo constitucional el siguiente texto: "…*si el recurrente no expresa de manera adecuada los fundamentos jurídicos que sustentan su pretensión y; por lo mismo, no identifica con claridad y precisión los principios y criterios interpretativos que no fueron aplicados o fueron desconocidos por el juez o tribunal que realizó la interpretación y consiguiente aplicación de las normas de la legislación ordinaria,* ***si no identifica con precisión los valores supremos y principios fundamentales vulnerados por el intérprete de la legislación ordinaria al momento de desarrollar su labor interpretativa****; la jurisdicción constitucional no puede conceder la tutela solicitada,*

328 Así por ejemplo las SSCC 0209/2010-R, 0182/2010-R, 0188/2010-R y 0313/2010-R.

al contrario deberá denegarla", lo que no sólo hace referencia a la necesidad de precisar los principios vulnerados sino que aumenta la identificación de valores.

Dicha fórmula también se utilizó en las SSCC 0099/2012 de 23 de abril, 0099/2006-R de 25 de enero y 1673/2005-R de 19 de diciembre, entre otras.

En este contexto, la necesidad de identificar los criterios interpretativos omitidos por la autoridad jurisdiccional ordinaria y acreditar los valores supremos y principios fundamentales vulnerados por la interpretación de la ley, implica la exigencia de una argumentación especial en la demanda de amparo constitucional, que respecto al resto de casos únicamente se limita a la acreditación de la vulneración de derechos y garantías por el acto u omisión impugnado.

Dicho requisito no está previsto en la Constitución, ni en el Código Procesal Constitucional y más bien su exigencia podría entorpecer la finalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional de precautelar "…*el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales*"[329], en la medida en la que resulta subjetivo.

Así, en la SC 0792/2005-R de 18 de julio, el accionante sostuvo que en el proceso penal seguido en su contra por los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, planteó extinción de la acción por prescripción, el cual fue rechazado con el argumento de que con el registro en Derechos Reales consumó el delito, pese a ello el accionante alegaba que el delito de falsedad es instantáneo y se consuma a tiempo de que el documento público es forjado o alterado y no cuando el documento ocasiona perjuicio; sin embargo, se denegó la tutela, por no haberse cumplido los requisitos esenciales desarrollados por la jurisprudencia constitucional que viabilicen a la justicia constitucional a ingresar a la revisión de la interpretación efectuada por la autoridad jurisdiccional recurrida.

En cambio, en la SC 0101/2006-R de 25 de enero, se alegó por la parte accionante que en el proceso penal que se le seguía por los delitos de estelionato y estafa, planteó excepción de prescripción la cual fue rechazada sosteniéndose de manera genérica por el Tribunal Constitucional, que la justicia constitucional puede revisar

329 Constitución Política del Estado de Bolivia. 2009. Art. 196.I

la interpretación de los jueces ordinarios y sin mayor desarrollo sobre el cumplimiento en el caso concreto de los requisitos que habilite a revisar la interpretación legal, asimismo determinó que los referidos delitos eran instantáneos, por lo que en ese caso había transcurrido el término legal de la prescripción.

El cumplimiento o incumplimiento de la argumentación especial, exigida por la jurisprudencia constitucional para que la justicia constitucional revise la interpretación legal efectuada por los órganos jurisdiccionales ordinarios, no puede observarse con claridad en la SC 0792/2005-R, ni en la SC 0101/2006-R y en la práctica parecen utilizarse como criterios de oportunidad en el marco de una especie de *writ of certiorari,* que faculta al órgano de control de constitucionalidad a elegir los casos que desea conocer de los casos que no desea resolver.

Asimismo, debe hacerse notar en este punto que, la jurisprudencia constitucional tampoco fue clara en cuanto a si el incumplimiento de la carga argumentativa especial referida se constituye o no en un requisito de admisibilidad de la demanda de amparo constitucional, en cuyo caso su incumplimiento impediría la realización de la audiencia de la acción tutelar por incumplirse una de las condiciones mínimas para que sea considerada en el fondo.

En efecto, se entiende como requisito de admisión a la denominada "causa de pedir", entendida como la relación de causalidad contenida en la demanda de los hechos invocados con los derechos supuestamente lesionados, que en todo caso, cuando se interpone el amparo constitucional contra resoluciones judiciales debería ampliarse en sus términos a la precisión de los criterios interpretativos omitidos por la autoridad jurisdiccional ordinaria y a la acreditación de la vulneración de los valores supremos y principios fundamentales, como lo exigen la SC 1846/2004-R y la SC 0386/2006-R.

Lo señalado anteriormente, parece insinuarse en la SC 0718/2005-R de 28 de junio, referido a un caso en el cual se alegaba la aplicación de normativa civil cuando a criterio de la parte accionante correspondía utilizar la norma penal, denegándose la tutela por incumplimiento de requisitos de revisión de la interpretación legal, sosteniendo en este sentido que: "…***para que este Tribunal pueda cumplir con su tarea es necesario que la parte procesal, que se considera agraviada con los resultados***

de la interpretación porque lesionan sus derechos fundamentales, exprese de manera adecuada y precisa los fundamentos jurídicos que sustenten su posición *(…) No debe olvidarse que el art. 97 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), ha previsto como un requisito de contenido, el exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento y precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados, señalando en qué consiste la restricción o supresión*".

Considero que la exigencia de una carga argumentativa especial para que la justicia constitucional revise la interpretación legal, efectuada por órganos jurisdiccionales ordinarios, ignora que la valoración de los requisitos de admisibilidad debe guiarse por el principio *pro actione,* que conforme a la SC 0501/2011 de 25 de abril, obliga a "…*interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción*…".

Debe recordarse que la separación entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad no es ontológica sino teórica, en este sentido, la exigencia de una argumentación especial como la referida puede ser modificada unilateralmente por el Tribunal Constitucional, y el aumento o la reducción de requisitos para hacer dicha revisión puede depender del criterio de sus magistrados sobre el papel que debe cumplir el Tribunal Constitucional frente a la actividad jurisdiccional del Órgano Judicial o sobre su opinión de si el control de constitucionalidad debe ser amplio o restringido, aspecto que genera inseguridad jurídica y puede desconocer la función del órgano de control de constitucionalidad de resguardar los derechos fundamentales.

Por otra parte, la inseparabilidad de la aplicación de la Constitución y de la ley para resolver un caso concreto, impide exigir una argumentación especial basada en la diferenciación de interpretación constitucional e interpretación legal, que a su vez permita diferenciar al control de constitucionalidad del control de legalidad, ello porque: "…*resulta que en la mayor parte de los casos de amparo la distinción entre constitucionalidad y legalidad se hace prácticamente imposible, entre otras razones porque al Tribunal constitucional le corresponde ser el intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley y porque precepto constitucional de derechos fundamentales y legislación de concreción*

o desarrollo de éstos forman un bloque que el Tribunal Constitucional no puede escindir y ha de utilizar para resolver…"[330].

Debe reconocerse que, si la justicia constitucional como la jurisdicción ordinaria en Bolivia a tiempo de resolver una problemática realizan al mismo tiempo la interpretación de la Constitución y de la ley, se tiene que el juez sea ordinario o constitucional no puede ser consciente sobre el momento en el cual está realizando una interpretación constitucional y sobre el momento en el que realiza una interpretación legal, lo que además impide que en su decisión ambas pueden ser diferenciadas con claridad y que el control de constitucionalidad pueda diferenciarse del control de legalidad.

De lo expuesto, el único requisito exigible para la admisión de demandas de amparo constitucional dirigidas contra resoluciones judiciales cuando se impugna la interpretación legal debería consistir en que la parte accionante establezca con claridad la relación de causalidad entre la actividad interpretativa – argumentativa desarrollada por la autoridad judicial demandada y los derechos alegados de vulnerados, como lo había determinado en su momento la SC 1031/00-R, de forma que se considere que: "*…el Tribunal únicamente examina la cuestión de si los tribunales ordinarios han violado derecho constitucional específico, lo cual no ocurre simplemente porque una resolución, al ser confrontada con el derecho ordinario, resulte incorrecta; el error debe residir precisamente en la no observancia de los derechos fundamentales*"[331], lo que a su vez se constituye en el primer límite a la actuación del órgano de control de constitucionalidad en la resolución de acciones de amparo constitucional.

En todo caso, debe recordarse que las competencias de la jurisdicción ordinaria también están resguardadas por las causales de improcedencia como ser:

1. El agotamiento de las instancias ordinarias salvo exista peligro de un daño inminente e irremediable, ello debido a que toda interpretación supuestamente incorrecta debe

330 ARAGÓN REYES, Manuel. *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo,* en La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados, España, 2002, p 1823-1842.

331 LIMBACH, *Jutta. Función y significado del recurso constitucional en Alemania,* en Cuestiones Constitucionales, UNAM, México, 2000, p. 67-89).

corregirse primero por los órganos jurisdiccionales competentes[332];

2. El término de seis meses de inmediatez para la interposición de la demanda de amparo constitucional;
3. La relevancia constitucional; es decir, que el error interpretativo sea determinante al grado de tener la potencialidad de modificar la resolución judicial, en otras palabras, que el error: "*…dé lugar a que la decisión impugnada tenga diferente resultado al que se hubiera dado de no haberse incurrido en los errores o defectos denunciados…"*[333]; y,
4. Los requisitos de admisibilidad y en especial la existencia de una causa de pedir concreta en la demanda de amparo constitucional; vale decir, que: "*…es preciso que exista una relación de causalidad entre el hecho que sirve de fundamento y la lesión causada al derecho o garantía. De ahí que el cumplimiento de esta exigencia no se reduce a enumerar artículos, sino a explicarse desde el punto de vista causal, cómo esos hechos han lesionado el derecho en cuestión*"[334], que en el caso de resoluciones judiciales impugnadas por error interpretativo, se traduce en la relación entre dicho error y la vulneración de derechos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional boliviano a menudo ha establecido tajantemente que: "*…resulta congruente afirmar que es atribución del Tribunal Constitucional interpretar la Constitución, y de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico; o lo que es lo mismo, la legalidad infraconstitucional u ordinaria…*"[335], pese a ello a tiempo de reprochar una resolución judicial el Tribunal Constitucional, lo hace porque la autoridad judicial ordinaria no efectuó una interpretación de la ley conforme a la

332 Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 1917/2004-R de 13 de diciembre.
333 Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 1262/2004-R de 10 de agosto.
334 Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 365/2005-R de 13 de abril.
335 Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 0802/2006-R de 15 de agosto.

Constitución; es decir, que si la Constitución está implícita en la ley y/o la ley no es otra cosa que el desarrollo de la Constitución, resulta muy difícil o incluso artificial distinguir la violación de la Constitución y la violación de la ley.

Si bien el debido proceso tras el agotamiento de la jurisdicción ordinaria abarca al amparo constitucional como última instancia de protección a los derechos[336], se tiene que la permanente invasión de las competencias de la jurisdicción ordinaria por la justicia constitucional puede implicar una amenaza a la democracia debido a que: "*un Estado dominado por la jurisdicción constitucional no es compatible con la idea de democracia con división de poderes de la Ley Fundamental"*[337]*;* sin embargo, la distinción entre interpretación constitucional e interpretación legal, no es un criterio cierto para la diferenciación de dichas tareas, pues todo control de constitucionalidad se efectúa entre el sentido normativo atribuido a un texto legislativo y el que se le atribuye a la Constitución, y tampoco la interpretación de la Constitución es un monopolio del Tribunal Constitucional, pues no puede interpretarse de cualquier forma una norma infra-constitucional, sino que su interpretación debe ser "desde" y en su caso "conforme" a la Constitución.

336 La SC 1082/2003-R de 30 de julio, pronunciada por el Tribunal Constitucional boliviano establece que: "*En nuestro país, el legislador constituyente ha instituido el recurso de amparo como un medio de tutela para la eficaz salvaguarda de estos derechos; los cuales, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana, creando a su fragua las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en circunstancias compatibles con la dignidad humana, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia propicio para el desarrollo libre de la personalidad"*.

337 LIMBACH, *Jutta. Función y significado del recurso constitucional en Alemania*. Fecha de consulta: *10 de noviembre de 2013.* Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art4.htm

Capítulo IX

LA POSIBILIDAD DE UN ESTANDAR DE FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS

I. LA PROBLEMÁTICA A ANALIZAR

Dentro del proceso penal seguido en contra de diferentes directivos de la Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE) se emitió el Auto Supremo No. 339 por el Tribunal Supremo de Justicia, en el cual dicha instancia se limitó a sostener lo siguiente: "…*en cuanto a la imposición de las penas, se advierte que la Sentencia de primera instancia incurrió parcialmente en error, pues no obstante haber mencionado que para el efecto se debe tener en cuenta la mayor o menor gravedad de los hechos, y reconociendo que el Presidente Ejecutivo, los Gerentes y el Directorio adjudicaron bienes por precios inferiores al valor catastral, no aplicó tal convencimiento al fijar las penas. Por ello* ***corresponde incrementar las sanciones respectivas hasta el máximo previsto, excepto a los miembros del Directorio de la Empresa Nacional de Ferrocarriles***", decisión que fue impugnada por los imputados a quienes se les había aumentado la pena, a través de amparos constitucionales, alegando falta de fundamentación en la decisión por no haberse individualizado los agravantes y atenuantes respecto a cada uno de los acusados.

En fecha 11 de octubre de 2011 se suscribió y publicó por los mismos magistrados del Tribunal Constitucional[338] dos sentencias contra el Auto Supremo No. 339, a saber, la SC 1521/2011-R correspondiente a un amparo constitucional que denegó la tutela

338 Quienes firmaron la SC 1521/2011-R fueron Ernesto Félix Mur, Abigael Burgoa Ordóñez, Lily Marciana Tarquino López fueron salvo Marco Baldiviezo por su parte quienes firmaron la SC 1588/2011-R suscrito por Ernesto Félix Mur, Abigael Burgoa Ordóñez, Marco Antonio Baldivieso, Eve Carmen Mamani Roldán, Lily Marciana Tarquino López

entendiendo que la resolución impugnada estaba debidamente fundamentada en lo referente a la motivación del aumento de la pena entendiendo que: "***La motivación para incrementar la pena respecto de cada uno de los procesados se efectúo de manera individual*** *conforme se observa en el Considerando Sexto del Auto Supremo 339 de 8 de junio de 2009, de ahí la variación en la imposición de la pena respecto de cada uno. En consecuencia, estando la Resolución motivada y congruente, no puede ser considerada arbitraria y mucho menos ilegal, puesto que la misma responde a un debido proceso, donde el órgano jurisdiccional valoró los medios probatorios que demostraron la comisión del delito de contratos lesivos al Estado y expuso de forma clara sus fundamentos, sin que de modo alguno pueda dar lugar a la falta de certeza sobre los mismos*", y la SC 1588/2011-R emitida como resultado de otro recurso interpuesto por otro co-imputado que tenía un cargo igual al de la persona que interpuso el recurso antes citado, contra la misma decisión judicial, donde se procedió a conceder la tutela con el siguiente argumento: "…*respecto al quantum de la pena, las autoridades ahora demandadas, argumentan con un simple párrafo, una situación elemental que no constituye una fundamentación suficiente para la modificación de la pena, pues todo juez o tribunal de justicia, tiene la obligación de motivar toda determinación, más aun tratándose de una "modificación" de la pena y una resolución definitiva en última instancia; por ello, el Juzgador debe fundamentar necesariamente su resolución en base a prueba objetiva producida, vinculada a todas y cada una de las circunstancias relacionadas al autor y al hecho ilícito,* ***motivación que debe ser de manera individual y no como se hizo en el presente caso de forma totalmente genérica****, justamente considerando que cada imputado o procesado, responde a situaciones jurídicas y circunstancia distintas con el delito y con los otros sujetos procesales, sin que ello quiera decir que no existan situaciones similares. En este sentido, se evidencia que el Auto Supremo carece de una debida fundamentación e individualización respecto al quantum de la pena, provocando que el representado del accionante, no conozca con certeza y certidumbre la decisión real del fallo…".*

Pero además de forma posterior la Sala Liquidadora del Tribunal Constitucional pronunció la SCP 0099/2012 de 23 de abril, sin observar la existencia de dos sentencias contradictorias sobre el tema, y fue emitida debido a que por tercera vez se impugnaba

el mismo Auto Supremo No. 339, donde se denegó la tutela con el argumento de que: "…*en el sexto Considerando, las autoridades judiciales demandadas a fin de establecer la responsabilidad que correspondía a cada uno de los imputados, desarrollaron en forma individualizada los criterios jurídicos y fácticos que correspondían a cada uno de ellos en base a su grado de participación en el hecho*…".

Al respecto, sin necesidad de un estudio más profundo sobre la situación, es posible observar dos aspectos: 1) Las sentencias se limitan a efectuar aseveraciones sin explicar por qué entienden que la resolución impugnada está o no está fundamentada, lo que devela que incurren en el mismo defecto impugnado, aspecto que no profundizaré en su análisis en el presente trabajo, y 2) Ante una misma resolución judicial que aumenta la condena de tres imputados de manera genérica con los mismos términos, da como resultado tres sentencias constitucionales, dos que encuentran que la resolución impugnada está fundamentada e individualiza las sanciones de cada uno de los procesados, y otra que sostiene que no lo está, sin embargo: ¿Cómo pudo pasar que los mismos magistrados incluso el mismo día pudieran dictar sentencias contradictorias, una ordenado dejar sin efecto el Auto Supremo No. 339, y otra ordenando que el mismo se mantenga incólume?.

La determinación de si una resolución se encuentra o no debidamente fundamentada depende del parámetro que tomemos para medir si cumple un determinado estándar, que puede provenir de la legislación, la jurisprudencia, la materia o incluso de la sapiencia del juez, que pueden ser diferentes y que pueden provocar que en la práctica en Estados con educación deficiente hagan impredecibles las decisiones judiciales y nos impidan contestar una interrogante como la de: ¿Cuándo conozco si una resolución judicial está o no motivada?.

Es posible pensar que sentencias con mala fundamentación observadas por el propio Tribunal Constitucional de Bolivia, e incluso las sentencias del propio órgano de control de constitucionalidad, pueden deberse a motivos no legales y no estudiados en nuestras aulas universitarias, como la falta de tiempo o la sobrecarga laboral, aspectos que en los hechos se encuentran estrechamente relacionados, pues el tiempo para resolver una causa se relaciona directamente a la cantidad de casos

complejos atendidos por un mismo juez, pero además pienso que las SSCC 1521/2011-R, 1588/2011-R y 0099/2012 se hicieron con estándares diferentes, porque se hicieron por diferentes personas (magistrados), por lo tanto llegaron a resultados diferentes.

En efecto, el ordenamiento jurídico no solo prevé normativamente hablando diferentes tipos de estándares de fundamentación[339], sino que estos se están modificando permanentemente, por ejemplo un estándar puede establecerse en la jurisprudencia, de ahí que con un cambio de magistrados puede existir un cambio jurisprudencial explícito o implícito que modifique la idea de lo que entendemos como una resolución "debidamente" fundamentada, en este contexto si el estándar de fundamentación depende de la formación personal y académica del que la redacta, entonces las SSCC 1521/2011-R, 1588/2011-R y 0099/2012 develan en Bolivia falta de coherencia y espíritu crítico que diluyen la idea de un estándar que permita medir la motivación de resoluciones judiciales.

339 Por ejemplo, pensemos en el Código de Procedimiento Civil en su art. 192 estableció que la sentencia debería contener al menos: "*1) El encabezamiento, con determinación del proceso, nombre de las partes intervinientes y sus generales y objeto del litigio. 2) La parte considerativa con exposición sumaria del hecho o del derecho que se litiga, análisis y evaluación fundamentada de la prueba, y cita de las leyes en que se funda. 3) La parte resolutiva, con decisiones claras, positivas y precisas sobre la demanda o la reconvención en su caso, y sobre las excepciones opuestas, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo total o parcialmente. 4) El plazo que se otorgare para su cumplimiento. 5) El pronunciamiento sobre costas. 6) La imposición de multa en el caso de declararse temeridad o malicia por parte de los litigantes o profesionales intervinientes. 7) El lugar y fecha en que se pronuncia. 8) La firma del juez y la autorización del secretario o actuario con los sellos respectivos y el del juzgado o tribunal*" por su parte el Código Procesal Civil en su art. 213.II modifica en parte el estándar de fundamentación al establecer como requisito: "*3. La parte motivada con estudio de los hechos probados y en su caso los no probados, evaluación de la prueba, y cita de las leyes en que se funda, bajo pena de nulidad. Esta parte, para el caso de fundarse en jurisprudencia ordinaria o constitucional, se limitará a precisar de manera objetiva las razones jurídicas del precedente, sin necesidad de hacer una transcripción del fallo que oscurezca la fundamentación*" de lo que puede evidenciarse que ambas leyes tienen dos diferentes estándares de fundamentación.

II. EL CONTEXTO "CULTURAL" DEL ESTANDAR DE FUNDAMENTACIÓN JUDICIAL

Debo recordar que algún tiempo atrás se creía que quien juzgaba era el soberano, en ese entonces el rey, que había sido puesto en el cargo nada menos que por la gracia de Dios, de forma que sus actos eran la expresión de una autoridad máxima, de ahí que no era necesaria la fundamentación de su decisión, lo contrario, es decir pedirle explicaciones, hubiese implicado cuestionar su poder absoluto y el orden existente.

Luego, cuando en Francia la idea de soberanía se traslada del rey al poder legislativo, la justificación se limitaba en la invocación de la ley aplicable al caso concreto[340], pero solo cuando se duda de la infalibilidad de las autoridades se les pide que motiven y argumenten sus determinaciones, en ese caso recién una sentencia no fundamentada puede verse como un acto de pura fuerza[341], de forma que hoy día sostenemos en nuestras aulas universitarias que para dar por fundamentada una sentencia constitucional emitida en contra de una ley, no basta decir que el Congreso tenía competencia para aprobar la ley sino que hay que ver en el fondo lo que dispone la ley y los argumentos que la sustentan, y lo mismo pasa con las propias sentencias constitucionales, es decir que no es suficiente que emanen de personas elegidas por voto –como sucede en Bolivia– sino que es necesario ver su fundamentación.

Bajo esta idea, hoy día se pide fundamentación en las resoluciones judiciales por distintos motivos a saber para la realización del principio de legalidad, es decir la división de poderes no les permite prescindir a los jueces de lo dispuesto expresamente en la ley, de ahí que si motivar es mostrar que una decisión judicial está conforme a derecho, entonces debemos concluir que es obligatorio

340 "*Y el sentido de esta disposición que nos revelan muchos oradores, es que el Tribunal de Casación no formase parte, verdaderamente, del poder judicial, sino lugar separado y más alto que éste, algo así como una prolongación del legislativo, el cual delega en él en cierto modo para el efecto de vigilar, de fiscalizar de inspeccionar, como llegó a decirse, la aplicación de la ley*" (GENY, Francisco. *La interpretación jurídica – Métodos y fuentes en el derecho privado*. LEYER. Colombia. 2007. p. 66).

341 La SC 752/2002-R sostuvo: "*Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juan a tomar la decisión*".

para los jueces que expliquen el porqué, el cómo y qué norma se utilizó para resolver una controversia.

Pero al mismo tiempo y en sentido inverso, si la separación de poderes se constituye en una garantía de los ciudadanos, el deber de fundamentar sus sentencias busca garantizar que un órgano de poder como el Tribunal Constitucional no desconozca la separación de poderes y a la propia Constitución. Y finalmente se puede decir que el deber de justificar en un proceso judicial permite entender una decisión judicial, lo que a su vez posibilita la facultad de impugnación.

Ahora bien, el diseño institucional nos lleva a pensar al menos en la teoría de que la fundamentación debería mejorar cuando un caso llega a las instancias judiciales más altas, es decir que creemos que un tribunal de apelación colegiado emitirá una resolución más meditada que la de un juez de instancia, sin embargo, pensemos en algunas decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia, como por ejemplo la SCP 0143/2012 de 14 de mayo, emergente de un amparo constitucional en el cual se impugnó una resolución de la Academia Nacional de Policías que dispuso la baja y separación de una cadete, para quien en su criterio no se llegó a respetar la debida fundamentación porque existían certificados contradictorios respecto a su estado civil que determinarían si había o no contraído matrimonio, lo que en su caso le inhabilitaba a permanecer en dicha institución, entonces se concedió la tutela por el Tribunal Constitucional con el siguiente argumento: *"De la simple lectura de las resoluciones objetadas, a las cuáles se les está atribuyendo la característica de atentar contra el debido proceso, se aprecia que las mismas no guardan una adecuada relación respecto de los hechos y lo decidido, con lo que se evidencia que no se ha respetado el contenido esencial del derecho que se invoca como vulnerado, pues no ha existido una suficiente fundamentación jurídica, con lo que no se habría cumplido con la exigencia constitucional de motivar las resoluciones administrativas sancionatorias"*.

Si debemos decidir sobre algo, y ese algo no nos importa, y nos resulta indiferente, el resultado bien podría ser decidido con la suerte, por ejemplo con una moneda, pero cuando una o las dos partes procesales están interesadas sobre un resultado porque su propiedad, su libertad, sus hijos o en este caso el proyecto de vida de la cadete de policía están en juego, las mismas le pedirán

al juez que resuelva sus quejas de manera fundamentada, aspecto que no sucedió en el caso referido, aparentemente ni en la ANAPOL y con seguridad tampoco en el órgano de control de constitucionalidad[342].

O traigamos a la mente el AC 0263/2012-CA de 30 de marzo, en el mismo se impugnó como inconstitucional el art. 40 del Decreto Supremo No. 27310 por vulnerar el principio de reserva legal, alegándose que la Administración Tributaria actúa como legislador en materia tributaria al producir Resoluciones Normativas de Directorio, las cuales vulneran los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, entonces el Tribunal Constitucional utilizó para rechazar la demanda una formula muy común en la jurisprudencia constitucional boliviana: "*En el caso de autos, no se aprecia la duda razonable y fundada respecto a la inconstitucionalidad demandada, y menos fundamenta la relevancia que tendrán las normas con la decisión final del proceso, o sea en qué medida el fallo a dictarse dependerá de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados*"[343]. Si como dije, ante un proceso judicial que nos interesa tendemos a pedir que se resuelva con la debida fundamentación, entonces podemos concluir que probablemente resulte en contrapartida que al Tribunal Constitucional no le interese resolver el problema que le hemos planteado en relación a otras problemáticas que conoce.

Lo que pretendo es hacer notar que no es suficiente que la decisión judicial sea justa o se atenga a derecho, sino que la misma debe parecerlo, es decir que necesita estar fundamentada, punto que además se relaciona a la existencia de un estado democrático.

342 Entre los diversos ejemplos que se tienen al respecto la SCP 0895/2013 de 20 de junio tras citar jurisprudencia referida al deber de fundamentar las decisiones judiciales dejó sin efecto un auto supremo sosteniendo: "*…la falta de fundamentación y motivación del Auto Supremo 173/12, ahora impugnado, se evidencia que ésta no realizó la fundamentación y motivación debida, simplemente una repetición del fallo apelado, no advirtiéndose en su estructura en el fondo y forma este requisito fundamental, situación que en base a las consideraciones jurisprudenciales anotadas precedentemente…*" sin hacer mayores precisiones sobre la falta de fundamentación en el caso concreto.

343 Fórmula más o menos similar invocado en los AACC 0026/2010-CA, 019/2010-CA, 0035/2010-CA, 0042/2010-CA, 0051/2010-CA, 0044/2010-CA, 0043/2010-CA, 0058/2010-CA, 0050/2010-CA, 0054/2010-CA, 0328/2010-CA, 0334/2010-CA, 0361/2010-CA, 0362/2010-CA, 0242/2010-CA, 0444/2010-CA, 0412/2010-CA, 0488/2010-CA, 0522/2010-CA, 0546/2010-CA, 0437/2010-CA, entre otras.

Si pensamos que sin argumentos en las demandas judiciales, en las sentencias y en los actuados judiciales en general el derecho no podría preservarse, ni guiarse por la razón, es decir que para ver si hay razones suficientes, dicha decisión debe tomarse luego de un proceso deliberativo y atendiendo los pro y contras que conlleva la misma, lo que no solo la hace racional sino esencialmente democrática.

Pero entonces pensemos en casos como aquellos donde un juez del nacionalsocialismo alemán debía justificar Auschwitz[344] dicha tarea parece casi imposible y en definitiva, o no existirán argumentos, o estos resultarán inadmisibles[345], ello nos dará como resultado una autoridad judicial autoritaria que en los hechos solo decide y está exenta de explicar las razones y de reflejar el proceso argumentativo que lo llevó a tomar la decisión[346].

Y si creemos que la fundamentación de decisiones judiciales se sustenta también en el principio republicano de la publicidad de los actos de los gobernantes[347], creeremos entonces que una decisión sin fundamentación no debe aceptarse, sin embargo probablemente será aceptado por una sociedad donde los ciudadanos estén acostumbrados u obligados a obedecer a la autoridad solo por el hecho de serlo, en ese caso la Constitución y las leyes

344 Famosa es la referencia a Primo Levi preguntando a su carcelero en Auschwitz el ¿porque? y la demoledora respuesta de: "*Aquí no hay "porqué"...*" de igual forma una sentencia sin fundamentación se constituye en un mero acto de pura violencia para la parte perdedora.

345 Pensemos en el siguiente argumento: "*Cuando un perro de policía alemán fue apuñaleado y herido en los primeros días de agosto de 1940, por una persona o por personas desconocidas –no hubo testigos del hecho-, el ministerio público en Posen investigó el incidente y acusó a Ignatz Kazmierczak de "haber dañado intencionalmente un bien oficial alemán". En su sentencia del 4 de diciembre de 1941 el Tribunal Especial de Posen resumió las pruebas en contra suya de la siguiente manera: "Los propios testigos en realidad no vieron quien hirió al perro, pero la culpabilidad del acusado queda establecida según los hechos siguientes: Cuando el acusado fue arrestado el 4 de agosto de 1940, el testigo Knippel trajo su perro herido. Al ver el perro, el acusado se alarmó, comenzó a temblar violentamente, y alzó sus brazos en el espanto. El perro, por su parte, enfureció de inmediato y se lanzó sobre el acusado. La conducta del acusado prueba que fue él quien apuñaleó al perro, y lo que es más, el perro reconoció a su enemigo de inmediato". Sobre la base de esas pruebas, Ignatz Kazmierczak fue condenado a muerte*" (MÜLLER, Ingo. *Los juristas del Horror.* Editorial Alvaro-Nora, CA Librería. 2009. p. 227).

346 Ello evita que por ejemplo un juez de familia no declare un divorcio porque el divorcio va contra sus creencias religiosas.

347 Es imposible frente a una decisión no fundamentada y con la que no estamos de acuerdo saber si la misma se originó por temor del judicial al ejecutivo, por la corrupción, si la decisión emergió de un error del magistrado, etc.

serán menos públicas y más bien pertenecerán únicamente a los gobernantes. En el fondo la aceptación de ese tipo de decisiones judiciales depende de la educación de los ciudadanos, pues la que hará que la legitimidad de dichas determinaciones se centre únicamente en quien las dictó y no en la contundencia de los argumentos utilizados, en ese caso es como si el poder incuestionable e infalible del rey hubiese pasado al Tribunal Constitucional.

Entonces si la fundamentación de una resolución puede calificarse de "suficiente" dependerá de verdades culturales[348], y mientras más educación posea el público y sus abogados estén más preparados, pedirán mejor fundamentación, habrá más exigencia con las resoluciones de los jueces[349], en contrapartida para países donde la enseñanza del derecho es vertical y el postulante a abogado aprueba sin expandir sus conocimientos con la lectura porque repite lo que le dijo el profesor, y el espíritu crítico es casi nulo se aceptará la legitimidad de la decisión judicial solo porque lo dijo la autoridad, sin reclamar un argumento serio, lo que a su vez provocará as su vez que los jueces no se vean estimulados a fundamentar sus decisiones entendiendo que incluso dicten una sentencia perfecta, nuestra mente por la falta de lectura se vería como una decisión imperfecta, ello porque incluso la noción de perfección depende del contexto educativo y cultural.

348 Este tipo de verdades culturales permiten entender porque la pena de asesinato y aborto son tan diferentes, a saber, porque la valoración de una persona y un feto no es la misma.

349 "*Según la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos, "la Constitución, o cualesquiera de sus cláusulas, debe recibir una interpretación razonable y práctica de acuerdo con el sentido común (common sense). Debe evitarse, en lo posible, la confusión, la ambigüedad o la contradicción. Entre dos interpretaciones alternativas, debe preferirse la que pueda suscitar menos cuestiones complejas"*…" (LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional.* Abeledo-Perrot, Argentina. 1998. p. 165).

III. CO-EXISTEN TANTOS ESTÁNDARES DE FUNDAMENTACIÓN COMO JUECES EXISTEN EN EL ÓRGANO JUDICIAL

El Tribunal Constitucional boliviano entendió que la debida fundamentación de resoluciones es una garantía que hace parte del debido proceso[350], en este sentido la SC 585/01-R de 15 de junio, refirió: "…*que no implica únicamente que una resolución tenga la denominación de sentencia y adquiera la calidad de cosa juzgada, sino también que bajo dicha premisa constitucional, es necesario que ese fallo contenga la estructura y los requisitos mínimos, de modo que con solvencia y de manera indubitable establezca la culpabilidad del procesado y consecuentemente imponga la sanción".*

En lo jurisprudencial los elementos y estructura de una resolución que pueda considerarse fundamentada son complejos, por ejemplo la SC 157/01-R de 19 de febrero, mantuvo un criterio abierto respecto al estándar de fundamentación, así sostuvo: "… *toda resolución debe ser necesariamente motivada, debiendo ésta además ser concordante en todo su contenido, esto es que la parte considerativa debe guardar congruencia con la parte resolutiva*", lo que provoca incertidumbre respecto a lo que el Tribunal puede considerar como motivado o inmotivado, luego la SC 752/2002- R estableció que: "…*cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma…*"[351], este nuevo concepto parece ser acumulativo al anterior, deja de hacer referencia a la congruencia que deben tener los

350 La SC 752/2002-R de 25 de junio, indica que: "…*el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión*"

351 La sentencia dijo: "*Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".*

argumentos de la decisión e introduce nuevos elementos como la referencia a la normativa y de los hechos.

Posteriormente la SC 871/2010-R de 10 de agosto, en su intento de sistematizar los elementos básicos que debe cumplir una resolución judicial para ser considerada como debidamente fundamentada, sostuvo que debía verificarse en cada caso lo siguiente: "*a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado*".

Ahora bien, si la pretensión era la de establecer un listado para verificar de manera sencilla si una resolución está o no debidamente fundamentada, la propia sentencia constitucional no muestra el cumplimiento de dichos requisitos en el caso concreto y más bien concede la tutela limitándose a aseverar que: "…*la Resolución 103/2006 de 21 de agosto, en su cuarto considerando, que versa sobre la actividad probatoria y la valoración de la prueba, no describe de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, tampoco asigna un valor probatorio específico a todos los medios de prueba producidos, menos aún determina el nexo de causalidad entre: i) La denuncia, ii) El supuesto de hecho inserto en la norma aplicable (art. 6to. inc. c) num. 9 del Reglamento de Faltas Disciplinarias y sus Sanciones de la Policía Nacional), iii) La valoración de las pruebas aportadas y, iv) La sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado, aspectos que de manera evidente demuestran el incumplimiento de los requisitos de motivación* …", estableciendo de esta manera un estándar de revisión que no cumple, de ahí que puede considerarse que al menos en este caso es una decisión que no enseña con el ejemplo.

En efecto debe tomarse en cuenta que el estándar de fundamentación que sirve para medir si una resolución –como la analizada– está o no fundamentada porque la falta de valoración probatoria lesionó derechos, es correlativa a si la prueba incide en la decisión, es decir debió provocar que se identifique en la referida sentencia constitucional con claridad la prueba que extraña y mostrar si la prueba no valorada era relevante para el caso concreto, aspecto que no sucedió y que devela en ese marco jurisprudencial precisamente falta de fundamentación del propio órgano de control de constitucionalidad[352].

Luego otra decisión que modifica el estándar es la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, que propone considerar el cumplimiento de los fines que busca cumplir la fundamentación, así sostiene que: "…*el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los*

352 La SC 1223/2002-R de 15 de octubre, sostiene sobre la prueba: "…*la facultad de valoración de la prueba aportada corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales ordinarios, por lo que el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre cuestiones que son de exclusiva competencia de aquellos, y menos atribuirse la facultad de revisar la valoración de la prueba que hubieran efectuado las autoridades judiciales competentes, sin embargo, de manera excepcional existe la posibilidad de valorar nuevamente la prueba cuando el juzgador se hubiese apartado de las previsiones legales que rigen el acto procesal como de los marcos legales de razonabilidad y equidad, o cuando se hubiere omitido arbitrariamente valorar la prueba y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales*…" es decir la jurisprudencia condiciona la revisión de la prueba por parte de la justicia constitucional a la demostración de que la misma afecta a la decisión que a su vez lesiona derechos y garantías.

correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad…", el problema de dicho estándar es que en general resulta difícil medir y dar por cumplidas dichas finalidades.

El caso referido trataba de un servidor público que impugnó una resolución sancionatoria en su contra, incumpliendo la segunda finalidad establecida en esa sentencia: "*…toda vez que se limita a aseverar: 1) Respecto a la prueba documental que sustenta su sanción que: "...esa conducta o accionar demuestra la poca o nada transparente actitud del funcionario y un deterioro a la imagen del Poder Judicial como ha establecido el Tribunal Sumariante", sin justificar explícitamente por qué tal conducta –la que tampoco se entiende cuál es– deviene en contraria a la Constitución y a la ley, cuál es el valor otorgado a dicha prueba documental y como incide en la decisión final, argumentos que no pueden quedar en el fuero del juzgador, ni pretenderse estén abordados de manera implícita y que definitivamente redundan en la lesión al derecho a una resolución motivada*…" de donde no llega a quedar claro: ¿cómo podría evidenciarse que se alcanzó en el caso concreto el convencimiento de la parte perdedora?.

En realidad la determinación de si una sentencia está o no fundamentada puede resultar mucho más controvertible de lo que aparece en la jurisprudencia, por ejemplo la SCP 0049/2012 de 26 de marzo, refería a una resolución de detención preventiva impugnada de vulneratoria del debido proceso por no estar debidamente fundamentada, en la cual se acusaba de no haber hecho referencia al valor que se otorgaba a certificados médicos, sino que se lo hizo recién en la resolución que complementa y aclara la resolución impugnada, ¿podía reprocharse que la valoración de una prueba fundamental no se encuentre en la resolución principal sino en otra que aclaraba la decisión[353]?

Entonces la SCP 0049/2012 diferenció entre: 1) la ausencia de motivación y 2) una omisión en la valoración; estableció que no existió una omisión valorativa en la medida en la que los certificados

353 Debe recordarse que las solicitudes de enmienda, complementación y aclaración no pueden modificar lo decidido por tanto implica que existe una decisión que enmendar, complementar o aclarar.

médicos extrañados por el accionante fueron mencionados por la resolución, así se sostiene que: "…*en el caso de autos no existió omisión valoratoria, puesto que los certificados médicos no fueron desconocidos por las autoridades ahora demandadas,* ***prueba de ello es que los mencionaron****, aunque de manera general, tanto en la parte considerativa de la Resolución impugnada*…", pero si existió falta de fundamentación porque "…*no motivaron sobre el valor efectuado en los mismos*"[354].

En el voto disidente a dicha sentencia[355] se sostuvo que no existe fundamentación si la fundamentación contenida es insuficiente, de ahí que: "*La diferenciación entre omisión valorativa (valoración general de elementos de convicción) y motivación (mención individualizada de los elementos de convicción otorgándole el correspondiente valor a cada uno) es contradictoria conforme puede extraerse de la simple lectura de la ratio decidendi de la SCP 0049/2012 de forma que la excesiva disquisición teórica crea una zona de penumbra entre valoración parcial y total*". Para resolver entre dichas posturas es evidente que las sentencias constitucionales 157/01- R, 871/2010-R y 2221/2012 no nos dicen, ni pueden decirnos absolutamente nada sobre la postura correcta.

Ello es así porque como ya se dijo, la creación de un estándar de fundamentación requeriría de la conjugación de las diferentes fuentes de derecho, es decir que la ley ya tiene un estándar de fundamentación, el cual de por sí ya es difícil de reconstruir y es diferente al jurisprudencial, por ejemplo el Código de Procedimiento Penal en su art. 360 establece que la sentencia debe al menos mencionar el tribunal, lugar y fecha y que el voto de cada juez debe recaer sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación con la exposición de motivos de hechos y de derecho en la que se funda[356], pero imaginemos que en una sentencia penal

354 De ahí que la referida sentencia dispuso expresamente: "*1° CONCEDER la tutela solicitada en cuanto a la falta de motivación denunciada; y, 2° DENEGAR la tutela respecto a la omisión valoratoria denunciada*" determinación y entendimiento que no volvió a reiterarse de forma expresa en la jurisprudencia boliviana.

355 Correspondiente a la magistrada Neldy Virginia Andrade Martínez.

356 El art. 360 del Código de Procedimiento Penal establece: "*La sentencia se pronunciará en nombre de la República y contendrá: 1. La mención del tribunal, lugar y fecha en que se dicte, el nombre de los jueces, de las partes y los datos personales del imputado; 2. La enunciación del hecho y circunstancias que hayan sido objeto del juicio; 3. El voto de los miembros del tribunal sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se fundan; 4. La parte dispositiva, con mención de las normas aplicables; y, 5. La firma*

no se haga referencia al lugar en el que se emitió la sentencia, pero además este no es un hecho controvertido por las partes en la apelación y el lugar se acredita en el acta de juicio, entonces: ¿entenderíamos que la falta de la mención del lugar provocará la nulidad del actuado por no cumplir un requisito establecido en la ley?. Dicha apreciación es tan distinta a la contenida en la jurisprudencia y tan poco precisa en la ley, como la misma diferencia entre la ausencia de motivación y una omisión en la valoración señalada en la SCP 0049/2012.

Pero incluso a partir de su sola lectura sería imposible saber lo que es en propiedad una "inobservancia" o "errónea" aplicación legal, los mismos se constituyen en defectos de la sentencia conforme el art. 370 del Código de Procedimiento Penal[357] y habilitan una apelación restringida, de ahí que parece hacen y complementan al estándar ya referido señalado en el art. 360 y la jurisprudencia particular como la que establece que:

- No es necesario que la fundamentación de una resolución sea extensa[358].
- La fundamentación implica identificar la norma aplicable al caso concreto y su correspondiente adecuación[359].
- Las resoluciones no deben contener afirmaciones contradictorias[360].

---

de los jueces. Si uno de los miembros no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación se dejará constancia de ello y la sentencia valdrá sin esa firma".

357 El art. Artículo del Código de Procedimiento Penal establece: "*Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación restringida, serán los siguientes: 1. La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; 2. Que el imputado no esté suficientemente individualizado; 3. Que falte la enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada; 4. Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación a las normas de este Título; 5. Que no exista fundamentación de la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria; 6. Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba; 7. Que la condena en el proceso ordinario se funde en el reconocimiento de culpabilidad efectuado en el procedimiento abreviado denegado; 8. Que exista contradicción en su parte dispositiva o entre ésta y la parte considerativa; 9. Que no conste la fecha y no sea posible determinarla, o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente; 10. La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; y, 11. La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación*".

358 Cfr. SC 2212/2010-R de 19 de noviembre.

359 Cfr. SSCC 1528/2010-R de 11 de octubre, 1540/2010-R de 11 de octubre.

360 Cfr. SC 0344/2010-R de 15 de junio.

- Deben contener una relación argumentativa de las pruebas en las que fundan sus decisiones[361]
- No debe ignorarse en los argumentos la prueba presentada[362] o dejar de producir prueba relevante[363].
- Los tribunales de apelación penal deben circunscribir su determinación a la resolución apelada y a los aspectos impugnados por las partes[364].
- Un tribunal de impugnación no debe dejar de resolver todos los puntos impugnados[365].

El problema de soñar con una justificación perfecta, sea legislativa o jurisprudencial, es que dicha fundamentación a su vez requeriría otra, ello para evidenciar que está fundamentada, pero ésta a su vez necesitaría otra y otra hasta el infinito, es decir que para demostrar de manera absoluta que una resolución está "debidamente" fundamentada se requeriría llegar a conocerlo todo[366], pero estoy seguro que ningún juez de nuestro país ha leído todos los libros en la materia de su competencia, la legislación

361 Cfr. SC 0147/2010-R de 17 de mayo.

362 Cfr. SC 0180/2010-R de 24 de mayo.

363 Por ejemplo en la sentencia T-299/04 dentro de una acción de tutela contra una entidad de seguridad social se tiene que la Corte Constitucional de Colombia a tiempo de conceder la tutela observó la fundamentación de la resolución del juez que primero conoció el asunto y que había denegado la tutela: *"En el presente asunto la Corte advierte que la sentencia del juez de instancia adolece de fundamentación tanto legal como fáctica.*

Fáctica, en la medida en que sin que existiesen elementos de juicio suficientes en el expediente, el juez decidió, según su parecer, que el médico tratante no había considerado de especial importancia el medicamento insulina NPH, y que de todas formas, el actor contaba con el suministro del medicamento insulina cristalina…

A esta situación se sumó que la entidad demandada no contestó la demanda, ni tampoco rindió informe alguno durante el trámite de la solicitud de amparo en la primera instancia. Esta circunstancia ameritaba que el juez, al menos, considerara lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 (presunción de veracidad de los hechos y afirmaciones del actor), e interpretara la conducta procesal de la entidad demanda según este mandato; máxime, si no contaba con ningún tipo de información sobre la importancia y funcionalidad de los medicamentos recetados por el médico tratante: insulina cristalina e insulina NPH.

Esta doble incuria del juez (inercia probatoria e inobservancia de la presunción de veracidad) implican un defecto en la configuración de la decisión de revisión. Existe un problema de fundamentación fáctica de la providencia que implica la incorrección de la decisión de instancia, evento que la Corte debe corregir".

364 Cfr. SSCC 0163/2010-R, 2523/2010-R, 2515/2010-R.

365 Cfr. SCP 0167/2015-S1 de 26 de febrero.

366 De ahí que toda argumentación se base en lo "supuesto" es decir en algo que ya no requiera fundamentarse y que en los hechos implique un "corte" en la fundamentación.

y jurisprudencia internacional y nacional, y que en realidad es probable que preferirá sostener que en los hechos no lo necesita, pues son competentes para darse cuenta cuando están frente a una decisión no fundamentada con su sola lectura.

Y lo referido no resulta absurdo, debido a que en la medida en la que cada caso tiene sus particularidades resulta que lo que en realidad estarían observando es que es más lógico hacer un estándar para cada caso concreto, en cuyo caso la legislación, doctrina y jurisprudencia son meramente orientadoras.

En efecto, la fundamentación –en general– no puede ser igual de una materia a otra, como sucede por ejemplo entre materia penal y constitucional; en la primera, el principio de legalidad limita la fundamentación, y en la segunda, es mucho más libre, pues recae sobre principios abiertos a la argumentación o incluso la fundación puede no ser igual entre resoluciones de una misma materia[367], así la resolución penal que condene a un imputado debe argumentar la decisión "más allá de toda duda razonable" respecto a una resolución que revoque un sobreseimiento de un fiscal porque dicha revocatoria tiene como consecuencia la realización de un juicio contra el imputado, en el que podrá ejercer derecho a la defensa, es decir ambas resoluciones tendrán estándares argumentativos diferentes[368] .

Pero también en lo particular puede diferenciarse un caso de otro; decimos en lo general como se vio más arriba, que toda resolución debe estar "debidamente" fundamentada, sin embargo

367 Pensemos por ejemplo que en general nuestros Códigos establecen que una solicitud de mero trámite debe resolverse a través de providencias las cuales no requieren de fundamentación en cambio las determinaciones que si las necesitas pero no resuelven el fondo de la problemática se las hace mediante "auto" cuyo formato es diferente pero entonces emerge la duda de: ¿qué debe resolverse mediante auto y qué mediante providencia?

368 Por ejemplo en la SCP 1068/2016 de la Sala Primera Especializada referida a un amparo constitucional interpuesto contra la resolución de un Fiscal Departamental que había revocado un sobreseimiento penal y ordenado se acuse sin valorar toda la prueba de descargo fue denegada con la siguiente argumentación: "*Asimismo, corresponde dejar establecido que el efecto de la revocatoria de sobreseimiento no se asemeja a una sentencia condenatoria, puesto que el pronunciamiento de la misma por la autoridad competente, en este caso el Fiscal Departamental, deviene en la emisión de la acusación formal efectuada por el Fiscal de Materia asignado al caso, en un inicio, con el objetivo central de identificar al posible autor del hecho investigado y en consecuencia los hechos a ser probados en juicio, dentro del cual todo procesado podrá ejercer su derecho a la defensa, pudiendo demostrar si la acusación formulada en su contra es equivocada*".

existen casos en los cuales se considera que lo que se resuelve resulta de sobremanera obvio[369], al grado de no merecer mayor debate o reflexión, es decir se considera que cualquier persona en el mismo lugar diría o resolvería de la misma manera, así, frente a uno de esos casos podría suceder que un tribunal de apelación se remita a la motivación contenida en la sentencia que revisa del juez, o que en ciertos casos la fundamentación de una sentencia pueda encontrarse en la *ratio decidendi* del precedente, la cual se copia o a la cual se remite, en ambos no existirá esfuerzo argumentativo alguno.

Finalmente cabe reflexionar que los estándares argumentativos también son diferentes en cada juez, de forma que si se cambia de juez la decisión también se verá modificada[370], pues depende de aspectos socio-culturales y sobretodo de su experiencia vital.

Por ejemplo, en la SC 135/2010-R de 17 de mayo, correspondiente a una acción de libertad se concedió la tutela en un caso donde el personal de una defensoría de la niñez que ingresó a una menor de edad en un hogar de acogimiento no puso en conocimiento de su hermana ese hecho[371], en el voto disidente de la referida sentencia se argumentó que si se había demandado al Alcalde, al asesor legal, la psicóloga y la trabajadora social de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia se: "…*debió individualizar la participación de todos los demandados en los actos ilegales denunciados*"[372], de forma que estos conozcan exactamente los motivos por los cuales se concedió la tutela en su contra.

---

369 En materia probatoria se sostiene que lo "evidente" no necesita fundamentación, ahí por ejemplo, tenemos los hechos notorios sobre los cuales el juez no necesita justificar y que más bien "presupone" que las partes conocen.

370 En general la idea del derecho como conjunto de normas que regulan la decisión judicial provoca la sensación en los litigantes de que incluso exista el cambio del juez que conoce una causa y de todas formas la decisión que tome el nuevo juez debería seguir siendo la misma.

371 El Tribunal Constitucional en la SC 135/2010-R sostuvo de manera genérica: "*El art. 208 del CNNA, determina que las Defensorías de la Niñez y Adolescencia podrán aplicar la medida de derivación a la atención médica, psicológica o psiquiátrica en régimen hospitalario o ambulatorio; sin que en ningún caso se pueda entender que esta disposición legal se halle reñida con el hecho de la obligación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de comunicar los actuados de carácter administrativo respecto a la condición o situación de la menor a los directamente interesados como es en el presente caso a la accionante que con toda razón requería información respecto a la situación de su hermana, hecho anómalo que los demandados no pudieron desvirtuar a través de ningún tipo de documentación, debiendo en todo caso quedar expedita la comunicación entre la menor y su hermana*".

372 Voto disidente del magistrado Marco Antonio Baldiviezo Ginés.

Dicha sentencia tiene de alguna manera una problemática similar a la contenida en el Auto Supremo No. 339, referida en el inicio de este capítulo y en el cual el Tribunal Supremo de Justicia decidió en un solo párrafo el aumento de pena a diferentes imputados sin individualizar su conducta, y que posteriormente en las sentencias constitucionales SC 1521/2011-R y SCP 0099/2012 se entendió como fundamentado, pero que en la SC 1588/2011- R se entendió como no fundamentado por no existir un análisis individual del reproche a cada uno de los inculpados, es decir por argumentos totalmente diferentes y en realidad opuestos, así se tiene que en la SC 135/2010-R al conceder la tutela se reprochó el comportamiento de diferentes autoridades de una alcaldía sin especificar exactamente qué se estaba reprochando de cada una de ellas, lo que el voto disidente encontró a su vez como reprochable.

Para la mayoría de los magistrados se creía que el Auto Supremo No. 339 se encontraba debidamente fundamentado, y para ellos era tan obvia la decisión que no requería mayor análisis, sin embargo para el magistrado disidente no lo estaba, pues a su criterio hacía falta algo que refería al fondo mismo del debate, de lo cual se evidencia que no solo se enfrentaban estándares de fundamentación diferentes, sino que estos mismos estándares sólo podían explicarse de la diferente formación y actitud que tenían dichos magistrados frente al derecho constitucional.

Pero subyacente a todo, quisiera resaltar el posible motivo por el cual un magistrado podría apoyar el mismo día dos sentencias contradictorias es decir la SC 1521/2011-R y SC 1588/2011-R, dicha conducta podría explicarse si se entiende que su trabajo se realizaba coadyuvado en gran manera por letrados y asistentes, cuya formación y experiencia a su vez es diferente a la del magistrado, de ahí que también pueden llegar a resultados diferentes, lo que a su vez nos lleva a pensar en el trabajo cooperativo que implica el derecho, pues está plagado de diferentes actores, algunos con poder decisorio, y otros asesores sea en el Congreso, sea en el ejecutivo y finalmente en el legislativo, lo que hace en mi criterio imposible establecer un estándar justificatorio uniforme y explica mucho del trabajo del Tribunal Constitucional Plurinacional y los repentinos cambios de jurisprudencia, y de las distintas actitudes de un mismo magistrado.

Finalmente aclarar que todos podemos estar de acuerdo en que los Tribunales deben tomarse el tiempo para analizar de manera individualizada sobre la conducta de cada uno de los sujetos a los cuales se reprocha una determinada actuación u omisión, que no se debe dictar sentencias contradictorias con estándares de fundamentación diferentes, pero ese no es el punto que se pretendió analizar en el presente capítulo sino que como ya se dijo en el punto anterior el estándar de fundamentación de una alta corte por muy bajo que sea, sólo es posible de ser aceptada por los operadores de justicia y por los ciudadanos si la exigencia de un estándar argumentativo de sus tribunales también es bajo, lo que explica por qué decisiones semejantes no llegan a ser objeto de censura social alguna y pasan inadvertidas en un sinfín de otras tantas decisiones.

REFERENCIAS

ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1984.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo,* en La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados, España, 2002.

ARGUEDAS RAMÍREZ, Carlos, *La interpretación constitucional y la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2003, Chile.

ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson. *El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. México. 2014.

ATIENZA, Manuel. *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 2, 1985

BAKER, Robert. *El precedente y su significado en el derecho constitucional de los EEUU.* Editorial Grijley, Lima, 2014.

BARBOSA SALAMANCA, Henry Andrew. *Minimalismo judicial en la Corte Constitucional: ¿Autorrestricción metodológica o una forma de rehuir al debate de los derechos?,* en Revista Republicana, Colombia, 2011.

BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político – Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons. España. 2010

BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos,* Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente en Colombia*, en Revista de Derecho del Estado, Externado, 2008

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*, en Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, UNAM, México, 2009.

CARPIO MARCOS, Edgar. *Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana),* en La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix–Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, UNAM, 2008.

CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano,* en La interpretación constitucional, UNAM, 1975.

CROSS Rupert y HARRIS J. W., *El precedente en el Derecho Inglés*, España, Editorial Marcial Pons, 2012.

DE ASÍS, Rafael. *Sobre la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural, en* Papeles el tiempo de los derechos, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, España, 2010.

DUQUELSKY, Diego. *De cómo los cántaros se volvieron fuentes.* En Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2011, Editorial de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso.

DWORKIN, Ronald, *Cómo el derecho se parece a la literatura*, en: César Rodríguez *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*. Colombia, Universidad de Los Andes, 1999.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional española.* Instituto Vasco de Administración Pública - Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1987.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Argumentación Jurídica*. Tirant lo Blanch, España, 2014.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación conforme a la Constitución – Antinomías y lagunas: caso Hank Rohn.* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009

GENY, Francisco. *La interpretación jurídica – Métodos y fuentes en el derecho privado*. LEYER. Colombia. 2007.

GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho,* España, Marcial Pons, 2016.

HAKANSSON-NIETO, Carlos, *Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación,* en Díkaion, Universidad de la Sabana, Colombia, 2009.

HART H.L.A. *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HARTWIG, Matthias. *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales.* Disponible en: https://kipdf.com/la-vinculatoriedad-de-las-sentencias-constitucionales_5adaef957f8b9adb-238b45fb.html Visitado: 26/06/2018.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad del Externado, 1999.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de una teoría jurídica crítica.* Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010.

LARA CHAGOYÁN, Roberto, *El principio de universalidad en el razonamiento jurídico*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, 2007.

LIMBACH, *Jutta. Función y significado del recurso constitucional en Alemania,* en Cuestiones Constitucionales, UNAM, México, 2000.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional.* Abeledo-Perrot, Argentina. 1998.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, LEGIS, Colombia, 2002.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorio*, Palestra, Perú, 2013.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes*, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad-Adenauer, Montevideo-Uruguay. 2002.

MONTESQUIEU, Charles. *Del espíritu de las leyes*. México: Porrúa. 2003.

MÜLLER, Ingo. *Los juristas del Horror.* Editorial Alvaro-Nora, CA Librería. 2009.

MUR VALDIVIA, Miguel. *Elementos para la interpretación de las normas tributarias,* en Revista No. 24, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1993.

NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho,* 2da edición, Argentina, 2003, ASTREA.

PAREDES OBLITAS, José Luis, *Diccionario de jurisprudencia constitucional – Área constitucional*. 2da edición, Editorial Alexander, Cochabamba, 2008.

PÉREZ CARRILLO, Agustín, *La interpretación constitucional,* en La Interpretación constitucional, UNAM, 1975.

PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica,* en Justicia Juris, Universidad Autónoma del Caribe, 2007.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Notas sobre la interpretación constitucional,* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 1991.

PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique. *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Bogotá, 2011.

QUIROGA LEÓN, *Aníbal. La interpretación constitucional,* en Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, Perú, 1985.

RAMOS PASCUA, José Antonio. *Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H.L.A. Hart*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, España, 2011.

REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide S.A.-Madrid 1979.

RECASENS SICHES, Luis, *Filosofia del Derecho,* Editorial PORRUA, México, 2001.

RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar Augusto, *Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana,* en *Nueva interpretación constitucional*, Universidad de Antioquia, Medellín, 1997.

ROSENFELD, Michel. *El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 8, 2007.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 2005

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Interpretación judicial de la Constitución,* DE-PALMA, Argentina, 1998.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Editorial del Tribunal Constitucional del Perú. Lima, 2008.

SCHAUER, Frederick, *Pensar como abogado,* España, Marcial Pons, 2013.

SHAPIRO, Ian. *El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: Una introducción*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho No*. 31. España. 2009.

SODERO, Eduardo, *Sobre el cambio de los* precedentes. ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *Los acuerdos carentes de teoría completa en el derecho constitucional.* En *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia RAE* coordinador Jesús Córdova, Editorial Tinco SC, Lima, 2009. p. 26.

TALAVERA, Pedro. *Interpretación, integración y argumentación jurídica,* Editorial El País, Bolivia, 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica,* en La Interpretación Constitucional, UNAM, México, 1975.

TUSHNET, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review,* Editorial PALESTRA, 2013.

VÁSQUEZ, Rodolfo *Derechos de las minorías y tolerancia*, DOXA, España, 1998.

YAÑEZ CORTÉS, Arturo. *Ratio decidendi*. Talleres Gráficos Gaviota del Sur SRL, Sucre-Bolivia, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución en López Pina*, Antonio (ed.), "División de Poderes e Interpretación", Tecnos, Madrid, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política,* Editorial: TROTTA, 2008.



Este libro constituye una publicación oficial en
formato digital del Tribunal Constitucional
Plurinacional, con sede en Sucre, Bolivia.