

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

El paradigma en derechos humanos en la labor jurisdiccional de los Estados constitucionales: El caso boliviano

*The human rights paradigm in the jurisdictional work
of constitutional States: The Bolivian case*

Soraya Santiago Salame 

Abogada independiente, Bolivia

RESUMEN El Estado constitucional ha implicado cambios en el papel del juez en el orden constitucional. Partiendo de la constitucionalización o impregnación constitucional del orden jurídico, el presente trabajo expone estos cambios y resalta algunos rasgos del modelo constitucional boliviano, que ha generado un nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE Constitución, derechos humanos, interpretación constitucional.

ABSTRACT The Constitutional State has implied changes in the role of the judge in the constitutional order. Starting from the constitutionalization or constitutional impregnation of the legal order, this work exposes these changes and highlights some features of the Bolivian constitutional model, which has generated a new constitutional paradigm of human rights.

KEYWORDS Constitution, human rights, constitutional interpretation.

Introducción

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha generado un nuevo paradigma en el marco de los Estados constitucionales actuales, que supone la integración de las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos al ámbito interno, lo que ha generado una nueva lógica integral para su comprensión, que además se materializa con las decisiones de los órganos de supervisión tanto del Sistema Universal como Interamericano de Derechos Humanos.

Bolivia, al igual que muchos países de la región, no ha sido ajena a la evolución de las normas internacionales y la jurisprudencia de los órganos de protección, pues ya en el año 2001, antes de la vigencia de la actual Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional construyó jurisprudencialmente la teoría del bloque de constitucionalidad a partir de la cláusula abierta contenida en el artículo 35 de la Constitución abrogada.¹

En Bolivia, en la actualidad, el bloque de constitucionalidad está expresamente reconocido en el artículo 410 de la Constitución, y está integrado por «los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificadas por el país». A dichas normas debe agregarse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de acuerdo a la sentencia 110/2010-R, también forma parte del bloque de constitucionalidad, lo que es coherente con la obligación de ejercer el control de convencionalidad que debe ser aplicado, en lo fundamental, por los jueces y magistrados nacionales, pero también por todos los servidores públicos, al analizar la compatibilidad de las normas de un Estado con la Convención Americana de Derechos Humanos (Bazán, 2012: 31), conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

Entonces, a partir del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 410 de la Constitución, las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos se encuentran en igualdad de jerarquía que la Constitución Política del Estado, aclarándose que en algunos casos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen aplicación preferente, en virtud de los criterios de interpretación de derechos humanos previstos en los artículos 13 y 256.

En efecto, el artículo 13.4 de la Constitución boliviana, en su última parte, deter-

1. Dicha norma señalaba: «Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno». La primera sentencia que hizo referencia al bloque de constitucionalidad fue la sentencia constitucional 0095/2001, del 21 de diciembre; pero fueron las sentencias posteriores las que desarrollaron esta teoría y utilizaron las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos como parámetros del juicio de constitucionalidad tanto en el ámbito normativo como tutelar. Ejemplo de lo dicho son las sentencias 102/2003, del 4 de noviembre, y 1662/2003-R, del 17 de noviembre, última sentencia que estableció que los tratados, declaraciones y convenios internacionales en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, tienen carácter normativo y son de aplicación directa; por ello, pueden ser invocados por las personas y tutelados a través de las acciones de defensa.

2. Véase la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros con Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006; sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) con Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006; sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores con México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010; sentencia del caso *Gelman con Uruguay*, fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011.

mina que «los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia». Por su parte, el artículo 256.2 establece que «los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables».

Las normas anotadas, que introducen el criterio de interpretación conforme a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, demuestran, por un lado, la importancia que reviste la protección y consideración de los derechos humanos por parte de las autoridades judiciales de las diferentes jurisdicciones y también de los servidores públicos en general; por otro lado, denotan la jerarquía que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestra legislación, pues a partir de estos surge la obligación de compatibilizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que supone que debe existir una interpretación integral de ambas fuentes —la internacional y la interna— para formar un único sistema de derechos, por lo que existe un deber de integrar y armonizar la interpretación de los derechos fundamentales, acudiendo, para ello, a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La interpretación según los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos se enriquece con la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que determinan el alcance y el sentido de las normas contenidas en los instrumentos internacionales y, por tanto —como ha entendido la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos—, dicha interpretación debe ser considerada a nivel interno al momento de aplicar las normas e interpretar los derechos.

El criterio de interpretación antes anotado se complementa con el criterio de interpretación *pro homine*, previsto en el artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y constitucionalizado en los artículos 13 y 256.

En efecto, el artículo 13.4 de la Constitución, en la primera parte, determina que «los tratados internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción *prevalecen* en el orden interno». El artículo 256 de la Constitución sostiene que «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*».

De acuerdo con ambas normas, la Constitución boliviana establece la aplicación preferente no solo de las normas convencionales —que según el artículo 410 de la Constitución, como se tiene señalado, forman parte del bloque de constitucionalidad—, sino también *de las normas no convencionales*, al hacer referencia, de manera general, a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Por tanto, asume un criterio amplio y favorable en relación con la interpretación de de-

rechos humanos, al dejar a un lado la distinción entre las normas convencionales y no convencionales para considerar solo la aplicación de los derechos más favorables. A partir de lo señalado, los jueces, tribunales y servidores públicos deben interpretar los derechos según los tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el advertido que, en aplicación del principio *pro homine*, deben contrastar esas normas con las previstas en la Constitución Política del Estado para determinar cuál es la más amplia y favorable para el derecho.

Como se aprecia, la importancia de los derechos humanos ha sido recogida por la Constitución boliviana a través de los criterios favorables de interpretación, lo cual es una característica que distingue a los Estados constitucionales actuales de los Estados legislados de derecho, que tienen como nota distintiva fundamental el predominio del principio de legalidad y el carácter meramente declarativo no solo de la Constitución Política del Estado, sino también de los derechos humanos, que requieren una ley de desarrollo para su efectiva tutela. Frente a esa visión, en los Estados constitucionales, los derechos humanos tienen aplicación directa sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo previo, y son directamente justiciables, es decir, pueden ser tutelados sin necesidad de una ley previa, característica que está reconocida de manera expresa en el artículo 109 de la Constitución.³

Los Estados constitucionales actuales

El Estado constitucional tiene características que lo distinguen del Estado legislado de derecho, que tiene como nota distintiva fundamental el predominio del principio de legalidad y, por ende, del órgano legislativo, en que la Constitución Política del Estado solo tiene carácter político mas no normativo y, por lo tanto, debe ser desarrollada por el legislador. Frente a ello, en el Estado constitucional, la Constitución Política del Estado tiene carácter normativo, es decir, es una norma directamente aplicable, que además tiene prelación en su aplicación y está concebida no solo como la norma suprema en el aspecto formal, que establece los procedimientos y las competencias para la producción normativa, sino también en el aspecto material, porque contiene una pluralidad de principios, valores y un amplio catálogo de derechos de carácter liberal, social, derechos individuales y colectivos.

La Constitución, además, se encuentra garantizada, porque, por una parte, los jueces se constituyen en garantes primarios de la norma fundamental, pero además existe un órgano específico encargado de salvaguardarla, de ejercer el control de constitucionalidad en los diferentes ámbitos: tutelar (acciones de defensa), compe-

3. El artículo 109.1 de la Constitución establece que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección».

tencial (conflictos de competencia, recurso directo de nulidad) y normativo (acciones de inconstitucionalidad, consultas).

La Constitución Política boliviana comparte las características anotadas, pues, por una parte, contiene principios y valores plurales, derechos y garantías de tipo liberal y social, derechos individuales y colectivos que se encuentran en la primera parte de la Constitución (parte dogmática); derechos y garantías que tienen criterios constitucionalizados de interpretación, a los que, de manera obligatoria, deben acudir los juzgadores. Pero, además, la Constitución se encuentra garantizada por el órgano judicial a través de sus diferentes jurisdicciones⁴ y por el Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano específico que ejerce el control de constitucionalidad en Bolivia.

Prieto Sanchis (2001: 206) afirma que el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de derecho, pues se busca no solo el sometimiento a la ley, *sino a la Constitución*, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema:

Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de manera permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.

A partir de dicha característica, en la Constitución boliviana se encuentra reconocido el principio de supremacía constitucional o principio de constitucionalidad (artículo 410). Además, debe considerarse que uno de los fines y funciones esenciales del Estado es el de garantizar el cumplimiento de «los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución» (artículo 9.4).

En el mismo sentido, debe precisarse que en virtud al carácter normativo de la Constitución Política del Estado, ésta tiene aplicación directa, sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo previo; característica que se refleja en el artículo 109, que establece como una garantía jurisdiccional la aplicación directa de los derechos reconocidos en la Constitución, al señalar que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección».

Otra de las características del Estado constitucional es la preponderancia del órgano judicial frente a la relevancia del órgano legislativo en el Estado legislado de derecho, por cuanto el juez debe aplicar directamente la Constitución, debe interpretar la ley desde y conforme con ésta y efectuar una labor de ponderación cuando existan

4. Este entendimiento fue asumido por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la sentencia SCP 112/2012.

conflictos entre valores, principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Esto sin duda supone una revisión del positivismo jurídico, anclado en el respeto al principio de legalidad y en la adopción de una nueva metodología jurídica que tiene como núcleo central a la argumentación jurídica, fundada en la razonabilidad de las resoluciones judiciales, en que la interpretación de las disposiciones jurídicas —desde y conforme con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad— es fundamental para actuar en estricto apego a los postulados de la norma fundamental.

Una de las características que distinguen a los Estados constitucionales actuales es la preponderancia que tienen los derechos y garantías constitucionales. En el caso boliviano, se manifiestan no solo en su amplio reconocimiento en el texto constitucional, sino también en el reconocimiento del bloque de constitucionalidad y en la existencia de criterios de interpretación de los derechos humanos que se encuentran constitucionalizados.

Lo señalado supone una ruptura con el Estado legislado de derecho y la concepción legalista o *ius positivista* del derecho, pues la ley solo puede ser aplicada cuando sea conforme con los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en las normas contenidas en los pactos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de protección, lo que implica que la ley, el principio de legalidad, no es suficiente para comprender las nuevas dimensiones del derecho y de los derechos, sino que será indispensable acudir a fuentes supranacionales del derecho y obviamente a la Constitución Política del Estado como norma jurídica de aplicación directa. Estas fuentes normativas permiten adoptar una dimensión crítica y valorativa del derecho para determinar cuándo estamos ante un derecho «justo», respetuoso de los derechos humanos. Es en ese ámbito que el nuevo paradigma en derechos humanos y el Estado constitucional da paso a una nueva teoría del derecho que supone un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, fundamentalmente en temas de derechos humanos, lo que implica un cambio en la manera de enfocar el derecho, ya no a través de la ley, sino a partir de las normas del bloque de constitucionalidad.

Es así que en el marco de los Estados constitucionales, la actividad jurisdiccional se redimensiona bajo el techo de la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, lo que implica que los jueces, al momento de aplicar las leyes, tienen el deber de analizar su compatibilidad con la norma fundamental y las normas del bloque de constitucionalidad, pero además deben adoptar criterios de interpretación que se encuentran contenidos en la misma Constitución Política del Estado. En efecto, la ley ya no tiene el mismo alcance que en el Estado legislado de derecho, y esto se explica a partir de los siguientes elementos.

El principio de supremacía de la Constitución Política del Estado

El principio de supremacía constitucional o de constitucionalidad es predicable no solo del texto formal de la Constitución Política del Estado, sino también de las normas del bloque de constitucionalidad. En este sentido, las disposiciones legales deben estar subordinadas tanto en el aspecto formal —es decir, en cuanto a su forma de producción— como en el aspecto material, vinculado al respeto a los valores, principios, derechos y garantías, a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad. De lo contrario, según el modelo de control de constitucionalidad en gran parte de los Estados constitucionales, es posible la impugnación de las disposiciones legales ante la jurisdicción constitucional a través de acciones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, independiente de la labor específica y concentrada que lleva a cabo la jurisdicción constitucional, en el ámbito del control normativo de constitucionalidad es evidente que los jueces de las diferentes jurisdicciones también efectúan un control de las disposiciones legales antes de aplicarlas, pues tienen la obligación de analizar si dichas normas son compatibles con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad para, en su caso, interpretarlas a partir de dichas normas.

En ese ámbito, en el caso boliviano, debe señalarse que en el principio de legalidad, el respeto a la ley se entiende a partir de la conformidad de ésta con la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano. Si bien rige el principio de presunción de constitucionalidad —en conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional—,⁵ que tiene fundamento en el carácter democrático de las leyes, este principio no implica aplicar normas contrarias a la Constitución Política del Estado y normas del bloque de constitucionalidad, menos aún tratándose de jueces y tribunales que, según lo establecido en el artículo 410 de la Constitución y artículo 15 de la Ley del Órgano Judicial, deben aplicar con carácter preferente la Constitución Política del Estado.

El carácter vinculante de los precedentes

Cuando los jueces aplican las normas, dan concreción al mandato general previsto en la norma jurídica y, en ese sentido, crean un precedente que debe ser aplicado a casos análogos, es decir, a casos que tengan supuestos fácticos similares. El carácter vinculante de los precedentes es común a toda la labor jurisdiccional, pues es consustancial al derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica. Solo cuando se tiene certeza de que un caso que tiene identidad de hechos será resuelto de similar manera, los justiciables tienen confianza en la administración de justicia.

5. Dicha norma señala: «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».

No obstante, es evidente que existen determinadas resoluciones cuyo carácter vinculante está expresamente reconocido en el texto constitucional y otras normas de desarrollo. Tal es el caso de las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (artículo 203 de la Constitución, y artículo 15 del Código Procesal Constitucional) y de la doctrina legal aplicable de la Corte Suprema de Justicia en materia penal (artículo 420 del Código de Procedimiento Penal). Este carácter vinculante implica, en los hechos, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, además del reconocimiento de la labor creadora de derecho que hacen los jueces de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y en la justicia constitucional.⁶ La particular posición de los precedentes, en especial los provenientes del Tribunal Constitucional Plurinacional, dado su carácter vinculante y obligatorio, determinan que la jurisprudencia adquiera un nuevo rango en el sistema de fuentes del derecho, y que deba ser por obligación aplicada en supuestos fácticos similares. Es más, en el caso de sentencias interpretativas, es evidente que el Tribunal Constitucional puede emitir sentencias que le otorguen a la disposición legal un nuevo sentido normativo, diferente de su texto literal, que se vuelve la interpretación vigente y obligatoria de la disposición legal. Así ocurrió, por ejemplo, con la sentencia 101/2004, del 14 de septiembre, que le otorgó un nuevo sentido al artículo 133 y a la disposición transitoria tercera del Código de Procesamiento Penal, vinculada con la duración máxima del proceso, pues se estableció que para la extinción de la acción penal no solo debía considerarse el transcurso del tiempo, sino también analizar si la demora en el proceso fue ocasionada por el imputado o por el Ministerio Público o el Órgano Judicial, lo que le dio un nuevo contenido a los referidos artículos.⁷

La pluralidad de fuentes normativas

Se ha señalado que la Constitución Política del Estado tiene carácter normativo y, por ende, es de aplicación directa. Además, la norma fundamental establece las fuentes normativas que rigen los diferentes ordenamientos jurídicos. Así, bajo el modelo de

6. Debe aclararse que, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y agroambiental, son los tribunales de cierre, como el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Agroambiental, los que están llamados a uniformar los precedentes, para que, precisamente, se dé aplicación uniforme a las normas jurídicas, se cree seguridad jurídica y se respete el principio de igualdad. De ahí que existe la ineludible necesidad de tener un sistema ordenado de precedentes, para que puedan ser identificados con facilidad.

7. Lo mismo se puede decir de la sentencia SCP 770/2012, que también, vía interpretación, otorgó un nuevo sentido a la última parte del artículo 123 de la Constitución, que establece, literalmente, que la ley tiene efecto retroactivo en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado. Sin embargo, el Tribunal entendió que la ley solo es aplicable retroactivamente cuando sea favorable, lo que le otorgó un nuevo contenido a la disposición constitucional.

Estado boliviano —que además es autonómico—, la facultad legislativa en el ámbito de sus competencias recae tanto en el nivel central del Estado como en las autonomías departamentales, municipales y en las autonomías indígena-originario campesinas. Esto implica que la Asamblea Legislativa Plurinacional no es la única que detenta la facultad de crear normas, sino que esta labor es compartida, en un plano de igualdad, según las competencias, por las diferentes autonomías.

En este punto, también debe hacerse mención a las naciones y pueblos indígena-originario campesinos que, con independencia de si están constituidos en autonomías indígena-originaria campesinas, tienen derecho a ejercer sus sistemas jurídicos propios, que comprenden el reconocimiento de sus normas, procedimientos, instituciones y autoridades en el marco del pluralismo jurídico igualitario, que es una de las bases en las que se asienta el modelo constitucional boliviano, hacia la búsqueda de un sistema jurídico plural, cuya cúspide y fuente normativa por excelencia es la Constitución Política del Estado.

Lo anotado supone un nuevo enfoque en la aplicación del derecho, en el cual la figura central es la del juez, pues es este quien soluciona los conflictos que se someten a su conocimiento. Es un nuevo enfoque en el que la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad tienen fuerza irradiadora y, por ende, todos los conflictos deben ser resueltos desde y conforme a dichas normas, lo que supone la aplicación de más principios, valores derecho y garantías y, por ende, en muchos casos, efectuar más ponderación que subsunción. En efecto, uno de los cambios trascendentales entre el Estado legislado de derecho y el Estado constitucional radica en el principio de constitucionalidad, que redimensiona la figura del juez, pues este tiene que someter a control permanente las disposiciones legales a aplicar para determinar su compatibilidad con la norma suprema y las normas del bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con lo señalado por Ferrajoli (2001), el tránsito del Estado legislado de derecho al Estado constitucional supone una serie de transformaciones en varios puntos de la teoría del derecho. Así, respecto de las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas, Ferrajoli sostiene que en el Estado legislado de derecho el principio de legalidad es el parámetro para identificar el derecho válido, con independencia de su valoración como «justo», en tanto que en el Estado constitucional, las normas dependen no solo de la forma de su producción, sino de la coherencia de sus contenidos con los principios de la Constitución Política del Estado y también, como sucede en Bolivia, con las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, en cuanto a los cambios en la jurisdicción, Ferrajoli sostiene que en el Estado legislado, los jueces se someten a la ley y al principio de legalidad como fuente de legitimación, en tanto que en el Estado constitucional, el sometimiento es a la Constitución Política del Estado; en ese entendido, solo aplican la ley si es constitucional y si es conforme con las normas del bloque de constitucionalidad, por lo

que deben efectuar una interpretación que esté conforme con ellas. Esta labor de interpretación de la norma desde y según la Constitución Política del Estado se plasma, en la Constitución boliviana, en el principio de unidad de la función judicial, previsto en el artículo 179.1, que sostiene que la función judicial es única, norma que tiene un doble significado.

Primero, que la potestad de administrar justicia —que emana del pueblo boliviano— es indivisible y que, por tanto, todas las jurisdicciones previstas en la Constitución, así como la justicia constitucional, tienen la misma autoridad para ejercer la función judicial y sus resoluciones tienen la misma fuerza ejecutiva; aclarándose que el reconocimiento de diferentes jurisdicciones (ordinaria, indígena-originaria campesina, agroambiental, especializada) es una manifestación del principio de pluralismo y especialización y de ningún modo implica quebrantar el principio de unidad.

Segundo, que todas las jurisdicciones tienen como objetivo buscar el respeto de los principios y valores plurales, de los derechos y garantías constitucionales y la salvaguarda de la Constitución Política del Estado. Aspiración en la que el Tribunal Constitucional tiene un papel fundamental, pues el modelo de justicia plural diseñado por la Constitución Política del Estado se articula y forma una unidad a partir de la posibilidad de que las resoluciones de las diferentes jurisdicciones sean revisadas por un único órgano supremo e independiente, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyas resoluciones, como se ha señalado, tienen carácter vinculante y obligatorio (artículo 203).

Debe considerarse, por otra parte, que el principio de unidad es una consecuencia del sometimiento de todas las jurisdicciones a la Constitución Política del Estado (principio de constitucionalidad) y, fundamentalmente, al respeto a los derechos humanos que, en el ámbito del pluralismo, deben ser interpretados de manera intercultural.⁸

Los valores y principios en la Constitución Política del Estado y su función en el nuevo rol de los jueces

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

8. Este entendimiento puede extraerse de la sentencia SCP 300/2012 del 18 de junio, que estableció: «El principio de unidad de la función judicial (artículo 179), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales y la obediencia a la Constitución Política del Estado, encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano».

diferentes medios de prueba, para que el juez decida sobre la aplicación de la norma al caso. Hechos y derecho, pruebas e interpretación, por tanto, se relacionan de forma permanente a lo largo del proceso, pues del inicial hecho relatado y sometido a la autoridad jurisdiccional se deduce la posible aplicación de una norma; luego, de la actividad probatoria efectuada por las partes y los medios de prueba utilizados, el juez *decide* sobre la aplicación de una norma jurídica. Sin embargo, es evidente que dicha aplicación *no es mecánica*, ni responde tan solo al tradicional silogismo jurídico y la subsunción del hecho a la norma jurídica.

En efecto, el razonamiento de aplicación de los preceptos jurídicos estuvo enmarcado en el silogismo jurídico, en que la premisa mayor está constituida por la norma genérica, la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de dicha norma y la conclusión por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias del derecho (García Maynez, 1977: 321), es decir, la subsunción entendida como «el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley [...] El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislado» (Couture, 1997: 285).

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

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

De lo señalado se desprende que la labor mecánica del juez, propia del Estado legislado, ya no es concebible, pues, en virtud al proceso de constitucionalización del

ordenamiento jurídico, los jueces, antes de aplicar la norma, y antes de decidir sobre la base de los hechos, deben analizar su conformidad con la Constitución y los pactos internacionales sobre derechos humanos. Solo así la decisión asumida por el juez será razonable y estará plenamente justificada. Entonces, hoy la labor del juez estriba en justificar en forma racional una decisión, escenario en el cual la interpretación de las normas jurídicas es fundamental, por cuanto otorga al juez una argumentación razonable que justifica la decisión del caso. La interpretación supone la utilización de diferentes «métodos», entendidos como caminos para lograr un objetivo, criterios para justificar la decisión jurídica considerada correcta por el juzgador. Estos métodos, y una adecuada valoración de las pruebas, por tanto, otorgan razonabilidad a la decisión del juez y la apartan de la arbitrariedad, además de ser sinónimo de objetividad e imparcialidad.

En ese ámbito, debe señalarse que la doctrina ha delineado métodos de interpretación que son utilizados por los jueces para interpretar las disposiciones legales. Así, se hace referencia al método histórico, el método gramatical, el teleológico y el sistemático; e inclusive, autores como Peter Haberle (2010: 34 y ss.) añaden un quinto método de interpretación, el del derecho comparado, en especial en el ámbito de los derechos fundamentales. Todos estos métodos deben ser utilizados de manera integral por el juez como argumentos para justificar la decisión asumida. En ese ámbito, la utilización aislada de un solo método no conduce a resultados razonables y, a su vez, la utilización integral de todos ellos hace que las resoluciones se encuentren adecuada y sólidamente argumentadas, y que la resolución se encuentre fundamentada de manera razonable, según lo entendió la jurisprudencia constitucional boliviana, por ejemplo, en la sentencia 1846/2004-R.

Los métodos de interpretación antes señalados se refuerzan y redefinen a la luz de los criterios de interpretación que para todas las jurisdicciones, en el caso boliviano, establece la Constitución Política del Estado. Es la norma fundamental la que obliga a las autoridades jurisdiccionales a argumentar a partir de los parámetros que el constituyente ha diseñado, como la interpretación desde y conforme la Constitución Política del Estado y la interpretación favorable, en que tienen un rol fundamental los principios y valores.

Los valores y principios en la Constitución boliviana

El artículo 8.2 de la Constitución determina que el Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales para vivir bien. Los valores, como los anotados en el artículo 8, son considerados *meta-*

normas, por cuanto regulan la producción normativa y también, claro está, la interpretación de las normas jurídicas. En ese sentido, al igual que los principios, tienen las siguientes funciones: *fundamentadora*, porque son la base de las disposiciones e instituciones constitucionales y del ordenamiento jurídico; *orientadora* del ordenamiento jurídico hacia metas y fines establecidos en la Constitución Política del Estado; *informativa*, porque son el núcleo básico del ordenamiento jurídico; y *crítica*, porque sirve como parámetro de valoración de las normas jurídicas, de las acciones y las conductas. Entonces, los valores son la base para el legislador, como creador de las normas, y para el juez, que es su intérprete.⁹

A su vez, los principios son comprendidos como fundamento del ordenamiento jurídico. Son normas jurídicas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico, constituyéndose en una pauta de interpretación obligatoria de las disposiciones legales. Los principios, según Alexy (2008: 67 y ss.), son mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes y se caracterizan, precisamente, porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas; posibilidades que se determinan por los principios y reglas opuestas.

Al igual que los valores, los principios también dotan de contenido material a la Constitución Política del Estado. La diferencia sustancial entre ambos es que los principios se constituyen en mandatos, prohibiciones, permisos y derechos, que ingresan al ámbito deontológico, al deber ser, al mandato; en tanto que los valores orientan sobre la elección axiológica efectuada por el constituyente, es decir, sobre la opción —lo bueno, «lo mejor» (Alexy, 1994: 164)— elegida por el Constituyente en la norma fundamental para encaminar la aplicación de las normas jurídicas, las relaciones entre el Estado y los administrados y, en general, las relaciones entre los particulares;

9. La sentencia 1846/2004-R, ratificada por la sentencia SCP 2621/2012 del 21 de diciembre, entre otras, señaló: «Los valores superiores poseen una triple dimensión: a) fundamentadora del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto, al que se proyectan sus normas, principios y valores, lo que determina que tengan una significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico político; b) orientadora del orden jurídico hacia fines predeterminados, que hacen ilegítimas las normas que persiguen fines distintos o que obstaculicen la consecución de los valores que enuncia la Constitución; c) crítica, pues sirve de parámetro para la valoración de conductas, posibilitando el control jurisdiccional de las restantes normas del ordenamiento jurídico para determinar si están conformes o infringen los valores constitucionales (Antonio Enrique Pérez Luño). Consiguientemente, los valores superiores deben ser considerados como mandatos dirigidos, primero, al legislador, para que sean tomados en cuenta en la elaboración de las leyes y, segundo, al Poder Ejecutivo y Judicial, para que sean considerados en la aplicación e interpretación de esas normas, optando siempre por aquella aplicación e interpretación que más favorable resulte a la efectiva concreción de esos valores (Javier Santamaría Ibeas)».

los valores pertenecen, entonces, al ámbito axiológico. No obstante, puede sostenerse que los valores y los principios están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: «Por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores» (Alexy, 2008: 117).

Efectuada esta aclaración, debe señalarse que los principios ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios. Los principios se constituyen como se tiene señalado en la base y el fundamento del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, están presentes o se desprenden del mismo texto constitucional; por ejemplo, en la Constitución boliviana, el principio de supremacía constitucional (artículo 410), el principio de separación de funciones (artículo 12), el principio de interculturalidad (artículos 1 y 178), el principio de pluralismo jurídico (artículo 1), el principio de respeto a los derechos humanos (artículo 178), el principio democrático (artículo 1), etcétera. También son concebidos como principios los derechos y garantías constitucionales, pues suelen estar previstos bajo la forma de cláusulas indeterminadas, generales, que necesitan ser concretadas por el intérprete. Bajo ese entendido, los derechos fundamentales son principios vinculantes que tienen máximo rango, porque se hallan regulados en la Constitución, tienen justiciabilidad plena y vinculan directamente a los diferentes órganos del poder público; entonces, los principios pasan a ser considerados como las principales normas del ordenamiento jurídico, configuradoras de la ratio de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas.

En el caso boliviano, también deben mencionarse los principios ético-morales de la sociedad plural, contenidos en el artículo 8 de la Constitución, que establece: «El Estado asume y promueve como principios ético morales de la sociedad plural: *ama quilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi marei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)». Estos principios ético-morales de la sociedad plural han sido concebidos por la jurisprudencia constitucional como verdaderos principios-normas (sentencia SCP 112/2012), interpretándose, a partir de ellos, el ordenamiento jurídico boliviano, como es el caso del plazo para la fijación de audiencias de medidas cautelares, en que el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció una «subregla» interpretando el procedimiento penal desde el *ama quilla* («no seas flojo»), señalando el plazo máximo de tres días para la fijación de la audiencia (sentencia SCP 015/2012).

Los principios y la interpretación de las reglas jurídicas

Llegados a este punto, es importante diferenciar los principios y las reglas jurídicas, pues de esa distinción depende la comprensión de la función de aquéllos en la interpretación del derecho. Así, lo primero que debe quedar claro es que tanto las reglas jurídicas como los principios son normas jurídicas, porque ambas establecen lo que es debido (Alexy, 2008: 65), ambas contienen una prohibición, una permisión, un mandato; sin embargo, se trata de dos tipos de normas diferentes, pues los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, en tanto que las reglas son normas que solo pueden ser o no cumplidas (Alexy, 2008: 68). En otras palabras, si una regla es válida, debe hacerse lo que ella señala, son mandatos definitivos (Alexy, 1994: 162). Las reglas, por lo general, contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; cuando se tiene cumplido el supuesto fáctico, se produce la consecuencia jurídica, con la subsunción como la forma típica de la aplicación del derecho. Los conflictos entre reglas pueden resolverse a través de los principios del derecho, como el principio de jerarquía normativa, el principio cronológico (la ley posterior deroga a la anterior) o de especialidad (la ley especial prima sobre la general); lo que no sucede cuando existe conflicto entre principios, por cuanto en estos casos tienen igual jerarquía y, por lo mismo, es imprescindible que el juzgador efectúe una labor de ponderación entre principios.

En ese orden de ideas, los principios, en virtud de su función orientadora del ordenamiento jurídico, se constituyen en parámetros para la interpretación de las reglas jurídicas. Éstas deben estar en armonía con los fundamentos del sistema constitucional y, en ese sentido, necesita ser comprendida la afirmación que sostiene que se deben aplicar más principios que reglas jurídicas.¹⁰

10. Así lo entendió la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en la sentencia SCP 112/2012 antes mencionada, que al hacer referencia a la labor de los jueces en el modelo de Estado constitucional, plurinacional e intercultural, señaló: «El Estado Constitucional o el constitucionalismo “fuerte”, en su concepción como una nueva teoría general del derecho, hace que sea posible afirmar que la Constitución, lleva implícito en todo su texto “la característica de Estado constitucional”, pero además, “plurinacional e intercultural” traspasado por la “unidad de Estado o Estado unitario”. De ahí que la Constitución de 2009 inicia un constitucionalismo sin precedentes en su historia, que es preciso comprender para construir, hilar una nueva teoría jurídica del derecho boliviano, en una secuencia lógica que va desde la comprensión de este nuevo derecho hasta los criterios para su aplicación judicial. Esto debido al nuevo modelo de Estado ínsito en el texto constitucional. La transformación de este constitucionalismo, hasta tomar la forma de plurinacional e intercultural en este nuevo paradigma de Estado, si bien está en la Constitución, empero *deberá construirse, con un rol preponderante de los jueces a través de su labor decisoria cotidiana*. Una mirada a la transformación del constitucionalismo boliviano en su historia, esto es, los hitos y características de los modelos de Estado de derecho imperantes en cada periodo, demuestran la transfiguración del “constitucionalismo monocultural” al “constitucionalismo plurinacional e intercultural”, este último, traspasado por la “unidad del Estado y de la Constitución”.

Si esto es así, en la construcción judicial del nuevo derecho, antes de mirarse a las «normas constitucionales reglas» o las «normas legales reglas» (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales), no debe perderse de vista a las «normas constitucionales principios», estas últimas con ojos de constructor jurídico, por cuanto si bien están formuladas de modo expreso en la Constitución, verbigracia, en Bolivia, el caso de los principios ético-morales de la sociedad plural (artículo 8.1), los valores del Estado plurinacional (artículo 8.2), etcétera —tarea que ya la hizo el legislador constituyente de composición plurinacional—, ello no quita que pueden ser desarrollados judicialmente, a partir de su texto, como labor que ahora le compete a los jueces en sus diferentes roles; al Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía; a los jueces y tribunales de garantías, como jueces constitucionales, y a los jueces y tribunales de la pluralidad de jurisdicciones como garantes primarios de la Constitución.

De esta manera, el caso boliviano es sin duda un caso *sui generis*, pues las normas constitucionales principios en la Constitución representan un verdadero quiebre de constituciones con pretensiones de homogeneidad (Estado legal de derecho) o cons-

La misma sentencia, refiriéndose al rol de los jueces en el desarrollo de los principios constitucionales y la ponderación que deben realizar dichas autoridades en el Estado Constitucional, señaló: “...la supremacía de la Constitución normativa que fundamenta la validez de todo el sistema jurídico plural de normas que la integra (artículo 410.2 de la Constitución), no es *per se* [un mero asunto de jerarquías y competencias-pertenencia formal], sino porque está cargada de normas constitucionales-principios que son los valores, principios, derechos y garantías plurales que coexisten, que conviven como expresión de su “base material pluralista” y se comunican entre sí como expresión de su “base intercultural” y son los que informan el orden constitucional y legal, sin renunciar a su contenido de unidad (artículo 2 de la Constitución). De ahí que la Constitución de 2009, si bien es norma jurídica, no puede ser comprendida únicamente solo de manera formal. Esto significa que no puede ser concebida solo como un conjunto de normas (modelo descriptivo de constitución como norma), a partir de un “concepto de constitución (como norma) simplemente documental”, con las denominaciones de “constitución formal” o incluso de “constitución en sentido formal”, cuya primacía simplemente se sustente y esté distinguida de las otras leyes por alguna característica formal (por ejemplo, los procedimientos más complicados de producción, revisión y derogación). *Por cuanto, lo que esencialmente diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes, es que las primeras son prevalentemente normas constitucionales-principios (entiéndase por ello a la pluralidad de valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales) y supletoriamente normas constitucionales-reglas.* Las normas constitucionales-principios, establecidos en la Constitución, son las que influirán en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) y no viceversa, o lo que es lo mismo, las segundas y terceras deben adaptarse a las primeras para que exista coherencia del sistema, en razón a que —como sostiene Gustavo Zagrebelsky— “solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir ‘constitutivo’ del orden jurídico”. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan».

tituciones integracionistas (Estado social de derecho), para afirmar que estamos ante la presencia de una constitución plural (Estado constitucional de derecho), pues las normas constitucionales principios en la Constitución boliviana son la pluralidad de valores, principios, derechos fundamentales no solo individuales (liberales y sociales), sino un amplio catálogo de derechos y garantías, principios y valores plurales y colectivos que la Constitución representa como un pacto de postulados distintos y hasta a veces contradictorios, pero que al final deben coexistir. En esta situación, se requiere más ponderación que subsunción, que transforme las promesas constitucionales en realidades constitucionales.

Los principios y el método de ponderación

Se ha señalado que uno de los postulados del Estado constitucional que marca una modificación sustancial en la aplicación del derecho es la utilización del método de la ponderación antes que la subsunción, pues pueden existir casos —y de hecho existen muchos— en los que se enfrentan dos principios o valores constitucionales que tienen igual jerarquía, supuesto en el cual el juez no puede subsumir el hecho en una regla jurídica, sino que debe ponderar ambos principios o valores para determinar, en el caso concreto, cuál tiene preferencia. Siguiendo a Prieto Sanchís (2001: 212), ponderar es «buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor»; se constituye, por tanto, en un método para la resolución de «cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas». A partir de esto, el juez se encuentra ante dos principios contradictorios, pero ninguno de ellos podría ser declarado inválido, por cuanto son principios constitucionales; tampoco puede, de inicio, establecer una jerarquía inexistente, pues todos los principios, en abstracto, tienen igual jerarquía, como establece la Constitución en el artículo 109 cuando hace referencia a los derechos. Sin embargo, el juez debe resolver el caso formulando un «enunciado de preferencia condicionada», a partir de una jerarquía móvil o axiológica, en términos de Guastinni (2002), para determinar, en el análisis del caso concreto, qué principio tiene preferencia. Así, «la ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía» (Prieto Sanchís, 2001: 216).

Ahora bien, es importante acudir de nuevo al razonamiento de Prieto Sanchís, para quien si bien es cierto que la ponderación es el método alternativo a la subsunción, porque las reglas serían objeto de subsunción, en que, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios serían, en cambio, objeto de ponderación, en que esa solución es construida a partir de razones en pugna. El autor señala que ello no implica que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar

entre un camino u otro. Para Prieto Sanchís, ambas operan en fases distintas de la aplicación del derecho; pues si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna.

En otras palabras, antes de ponderar es preciso «subsumir», constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios. Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental. Problema distinto es que, a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa. «No es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa, pero es imprescindible “subsumir” tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su eventual limitación» (Prieto Sanchís, 2001: 218).

De conformidad con Alexy (1994: 171), la regla de la ponderación, partiendo de la caracterización de los principios como mandatos de optimización, puede ser formulada de la siguiente manera: «Cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro». La ponderación postula un principio general de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; los cuales, siguiendo a Alexy, expresan la idea de optimización. Los subprincipios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las perspectivas fácticas (Alexy, 2010: 104 y ss.).

Así, respecto de la *idoneidad*, la medida limitadora de un principio debe resultar adecuada para la protección del otro principio que se encuentra en juego. Por tanto, una medida limitadora no será idónea cuando no resulte apta para su protección y, al contrario, resulte perjudicial para el otro principio, sin ningún beneficio.

Respecto de la *necesidad*, se debe buscar aquella medida que resulte menos limitadora del principio, es decir, si existen medidas menos lesivas al principio, que podrían ser utilizadas con iguales resultados protectores, éstas deben ser utilizadas sin ocasionar perjuicios o coste al otro principio.

Por último, respecto de la *proporcionalidad* en sentido estricto, de acuerdo con la ley de ponderación de Alexy: «Cuanto mayor será el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro», analizando tres aspectos: «El grado de incumplimiento o menoscabo de

un principio; luego se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio del contrapuesto, y finalmente se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro» (Alexy, 2010: 105).

A manera de conclusión

De esta manera, en los actuales Estados constitucionales, la labor de los jueces indudablemente supone alejarse de la concepción y metodología positivista de aplicación del derecho, en la que prima el silogismo jurídico, propio del Estado legislado, pues la autoridad judicial debe aplicar las normas principios constitucionales, las cuales, siguiendo a Alexy, son mandatos de optimización. En ese sentido, las normas principios contenidos en la Constitución tienen carácter abierto y están impregnadas de valoraciones; por ende, cuando se recurre a ellas para fundamentar una decisión judicial, la actividad argumentativa de la autoridad jurisdiccional debe ser mayor, por cuanto las normas principios —como se ha señalado— no tienen la estructura de una regla jurídica, y solo ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, lo que supone una labor de justificación, a diferencia de las reglas jurídicas que, como sabemos, son normas que pueden ser cumplidas o no (Alexy, 2008: 68).

En virtud de esto, la doctrina considera que el juez, en el Estado constitucional, está dotado de un «enorme poder» (Talavera, 2008: 34), pues en muchos casos, al efectuar una interpretación según la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, sus decisiones pueden desmarcarse del principio de legalidad, lo que sin duda puede generar tensiones con el órgano legislativo y con el principio democrático que le sirve de base y fundamento. Así, se señala que «el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez al derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático» (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 28).

A pesar de esta evidente tensión, es cierto que el resguardo del principio de constitucionalidad y la primacía de los derechos humanos como rasgos característicos del Estado constitucional obligan al juez a aplicar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, e interpretar las disposiciones legales a partir de ellas.¹¹

11. Marina Gascón Avellán y Alfonso García Figueroa señalan que «el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter supramayoritario o supralegal de los derechos hace que

En ese sentido, es por demás acertado el razonamiento de Zagrebelsky (2007), pues a partir de la pluralidad de principios y de las exigencias de los casos concretos, se darán también soluciones judiciales que en determinados casos pueden sobrepasar los límites de la ley, pero que se justifican si se considera que los jueces son los guardianes de la Constitución y de la justicia material. Así, el juez solo estaría vinculado a la ley *si la solución aportada al caso concreto* es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional, pues, de ser así, puede sortearla (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 44).

Entonces, se concluye que la actuación de la autoridad jurisdiccional no puede ser otra que crítica y valorativa de las disposiciones legales a aplicar; empero, en mérito a que se otorga al juez un gran poder dispositivo de censurar las leyes (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 40), debe señalarse que dicha actuación debe contener la suficiente justificación —interna y externa— y, en ese sentido, debe contener una rigurosa argumentación jurídica, con la finalidad de

no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante; pues si el juez ya no es la «boca que pronuncia las palabras de la ley» sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 46).


Referencias

- ALEXY, Robert (1994). *El concepto y validez del derecho*. Buenos Aires: Gedisa.
- . (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- . (2010). «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». En Miguel Carbonell y Leonado García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional* (pp. 117-152). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.
- BAZÁN, Víctor (2012). «El control de convencionalidad: Incógnitas, desafíos y perspectivas». En *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (pp. 17-55). Bogotá: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- COUTURE, Eduardo (1997). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: De Palma.

al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función» (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 27).

- FERRAJOLI, Luigi (2001). «Pasado y futuro del Estado de derecho». *RIFP*, 17: 31-45. Disponible en <https://bit.ly/2Yx6o74>.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1977). *Introducción al estudio del derecho*. Buenos Aires: Porrúa.
- GASCÓN AVELLÁN, Marina y Alfonso García Figueroa (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra.
- GUASTINNI, Ricardo (2002). «Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano» En *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- HABERLE, Peter (2010). «Métodos y principio de Interpretación constitucional: Un catálogo de problemas». *Revista del Derecho Constitucional Europeo*, 13: 379-414. Disponible en <https://bit.ly/3jaouAz>.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2001). «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *AF-DUAM*, 5: 201-228. Disponible en <https://bit.ly/3htrY3H>.
- TALAVERA, Pedro (2008). «Interpretación, integración y argumentación jurídica». *Revista Boliviana de Derecho*, 6: 261-262. Disponible en <https://bit.ly/3hlOlbj>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Sobre la autora

SORAYA SANTIAGO SALAME es abogada. Doctora por la Universidad de Salamanca, España, aprobada con la distinción *suma cum laude*. Máster en Derechos Humanos de la misma casa de estudios. Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Además de la docencia, se desempeña como consultora e investigadora de proyectos a nivel nacional e internacional en derechos humanos, pluralismo jurídico e igualdad de género. Su correo electrónico es sorayasantiagos@hotmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-7947-5935>.

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación semestral de referencia y consulta en materia de derechos humanos y campos afines. Busca ser un espacio de discusión de los temas centrales en el ámbito nacional e internacional sobre derechos humanos. Es publicado desde 2005 por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

EDITORA GENERAL

Claudia Iriarte Rivas

ciriarter@derecho.uchile.cl

EDITORA DE ESTE NÚMERO

Liliana Galdámez Zelada

lgaldamez@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

anuariodh.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

anuario-cdh@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)