

LA PRIVILEGIADA (PERO CRUCIAL) POSICIÓN DEL JUEZ
EN EL 'ESTADO CONSTITUCIONAL'.
Una mirada sobre Bolivia.

THE INSIDER (BUT CRUCIAL) POSITION OF JUDGE
AT THE 'CONSTITUTIONAL STATE'.
A look at Bolivia.

Rev. boliv. de derecho n° 13, enero 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 22-39



Pedro
TALAVERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de septiembre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 26 de septiembre de 2011

RESUMEN: Los esquemas teóricos tradicionales sobre la función jurisdiccional y la decisión judicial aparecen como inadecuados e incapaces de dar razón de su nuevo marco de actuación en el Estado constitucional. Los ‘operadores jurídicos’ se sorprenden ante la prevalencia de valores superiores y principios constitucionales frente a la propia ley; y tampoco encajan fácilmente la amplia discrecionalidad que este modelo otorga a los jueces, hasta ahora sometidos al procedimiento mecánico de la subsunción. El modelo de Estado plurinacional, diseñado por la Constitución boliviana de 2009, debería impulsar a la magistratura a profundizar en las claves del Estado constitucional, para comprender el cambio de paradigma y la consecuente nueva relación entre legislación y jurisdicción.

PALABRAS CLAVE: Estado constitucional, jueces, decisión judicial, control judicial, reglas y principios

ABSTRACT: The traditional theoretical frameworks about judicial function and judicial decision appear to be inadequate and unable to explain its new framework in the Constitutional State. The legal operators are surprised by the prevalence of values and constitutional principles even against the law, and not easily accept the great capacity of decision that this model gives judges, subjected in the traditional model to mechanical process of subsumption. Multinational State model, designed by the Bolivian Constitution of 2009, should encourage the judiciary members to delve into the key of the Constitutional State, to understand the change of paradigm and the new relationship between legislation and jurisdiction.

KEYWORDS: Constitutional State, judges, judicial decision, judicial control, rules and principles.

SUMARIO: 1. La constitucionalización del Derecho 2. Las reglas y los principios en el Estado Constitucional 3. La 'pluralidad' del Estado constitucional (de la ley a la constitución) 4. Las 'prestaciones' en el Estado constitucional 5. La metodología del Derecho en el Estado constitucional (de la subsunción a la ponderación) 6. Las fuentes del Derecho en el Estado constitucional: debilitamiento del principio de legalidad (del código a la sentencia) 7. Exigencia de argumentación en la decisión judicial.

Los sistemas jurídicos de la "modernidad" han sufrido intensas transformaciones que se manifiestan en todas las áreas del Derecho. Quizá las más importantes se han producido con la implantación del 'Estado constitucional'. En este nuevo modelo de Estado de Derecho, la Constitución desborda su papel como mera declaración política programática (así lo era en el antiguo modelo del Estado legislativo) y adquiere pleno valor jurídico: es la fuente suprema del Derecho público y del Derecho privado (además de principal motor de los cambios en este último ámbito)¹.

Este proceso evolutivo ha afectado también y de manera trascendente a la decisión jurisdiccional. En estos últimos tiempos, en efecto, no es infrecuente encontrar decisiones judiciales, sobre cualquier tipo de cuestiones, cuya justificación remite directamente, por ejemplo, a 'principios constitucionales'².

La consecuencia es que los esquemas teóricos tradicionales sobre la función jurisdiccional y la decisión judicial aparecen como inadecuados e incapaces de dar razón de este nuevo marco de actuación. Los 'operadores jurídicos' se sienten sorprendidos en muchas ocasiones por la superioridad y prevalencia de valores superiores y principios constitucionales frente a la propia ley; y tampoco encajan fácilmente la amplísima discrecionalidad que este modelo otorga a los jueces, hasta ahora sometidos al teórico y férreo procedimiento mecánico de la subsunción.

La adopción en 2009 de una nueva *Constitución Política del Estado* en Bolivia y la reciente aprobación de una *Ley del Órgano Judicial* para regular la función jurisdiccional, debería impulsar a la magistratura a profundizar en las claves de este nuevo modelo de Estado constitucional, para comprender realmente el cambio de paradigma y la consecuente nueva relación entre legislación y jurisdicción. Asumiendo, al tiempo, el

1 M. Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona 2001, p. 309-310; L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara 1997, p. 67ss.

2 R. Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 71 ss.

• **Pedro Talavera**

Profesor titular de filosofía del Derecho
Universitat de València

papel central que los jueces juegan aquí y la consiguiente responsabilidad que sobre ellos recae como garantes de la efectividad del modelo. ¿Es consciente el poder judicial boliviano de esta nueva realidad? ¿Tiene incidencia real en su función? En estas breves líneas pretendemos analizar las claves del nuevo modelo en relación con la función jurisdiccional con el objeto de promover esa conciencia indispensable en los jueces bolivianos de todas las instancias.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

La relación entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico siempre ha sido de interés para la teoría del Derecho. Hoy día, este interés resulta fundamental debido a la generalización de los denominados *Estados constitucionales*. Y ello porque el *Estado constitucional de Derecho* ha producido la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico.

No procede desarrollar aquí cada uno de esos conceptos, baste recordar que no se trata de Estados que cuentan con una Constitución formal vigente. La idea de *Estado Constitucional* significa mucho más: alude a una particular concepción del Estado y a un particular modelo de Constitución. Podemos decir que, además de una Constitución, este modelo debe reunir necesariamente algunas características; en especial, la existencia de mecanismos que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho³.

En el modelo clásico de Estado *legislativo* de Derecho, la Constitución opera como un límite negativo; es decir, la 'legitimidad' del ordenamiento jurídico dependerá de su respeto a los límites ahí establecidos. En efecto, las normas constitucionales establecen básicamente lo que "no" se puede ordenar, prohibir o sancionar en dicho ordenamiento. El test de 'legitimidad' de las normas jurídicas pasará por verificar, en lo sustancial, si tales normas contradicen o no lo dispuesto en la Constitución. En definitiva, la forma de establecer si una norma jurídica es o no constitucional pasará por constatar su congruencia o no con la disposición constitucional correspondiente. De igual modo (y aunque en este modelo no suele plantearse en la práctica) una decisión judicial será siempre constitucional en tanto que se atiende y se remite a la legalidad, porque de esa manera queda constatado que "respeta" (no sobrepasa) lo prescrito por la Constitución⁴.

En el nuevo modelo de *Estado constitucional* todo el ordenamiento jurídico se concibe como un desarrollo positivo de los valores, principios y derechos fundamentales. Las disposiciones constitucionales adquieren una radical fuerza expansiva a la hora de determinar el contenido de cualquier rama del Derecho.

3 Un análisis extenso puede verse en: P. Talavera, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008, p. 23-45.

4 J. Aguiló, *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, *Doxa* 24 (2001) 429 y ss.

Por ello, “las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de ‘desarrollo’ y ‘concreción’ de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar”⁵.

En el **Estado constitucional**, pues, cada decisión judicial debe ‘desarrollar y concretar’ las exigencias constitucionales. En virtud de ello, el control de constitucionalidad ya no se presenta como simple ausencia de contradicción entre las normas y las previsiones constitucionales, sino que cada norma (y también cada decisión judicial) deben ser, además, expresión de una ‘razonable’ determinación (concreción) de los principios y derechos que emanan de la Constitución.

Como consecuencia, ese control de constitucionalidad va mucho más allá del carácter solemne que corresponde al órgano formalmente establecido al efecto (el Tribunal Constitucional): recae también sobre todos los que ejercen la función jurisdiccional (los jueces ordinarios) en tanto que garantes inmediatos de la ‘concreción’ de los principios y derechos constitucionales a través de su actividad interpretativa y aplicativa de la ley. Es decir, la actividad judicial ordinaria viene determinada por una interpretación y aplicación ‘constitucional’ de las normas (leyéndolas a la luz de los principios y derechos ahí consagrados), pudiendo incluso paralizar su aplicación (planteando una cuestión de inconstitucionalidad al TC) en el caso de que la norma aplicable resultara absolutamente incompatible con esos principios y derechos. ¿Ha tomado conciencia la magistratura boliviana de este singular y trascendental papel que el nuevo modelo de Estado le ha conferido como garante de los principios y derechos constitucionales? ¿Ha asumido que la Constitución tiene una eficacia jurídica directa? ¿Está realizando ese primario control de constitucionalidad en su actividad interpretativa y aplicativa de la ley? ¿Entiende que en este nuevo modelo de Estado la legalidad debe integrarse en la constitucionalidad?

II. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el Estado constitucional resulta difícil legislar sobre la base de reglas determinadas y cerradas que pretendan abarcar en su formulación toda la realidad posible, presente y futura: la pluralidad y complejidad de esa realidad en continua transformación descarta todo intento de legislación con vocación de plenitud y permanencia indefinida. En el Derecho de las sociedades plurales las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas. Basta contemplar la creciente presencia y formalización de **principios** constitucionales. De ahí que la diferencia entre el modelo tradicional de Estado legislativo y el modelo constitucional radica en la evolución desde un sistema jurídico basado en las **reglas** hacia un sistema jurídico alternativo basado en los **principios**. Ya en la década de los 60, ESSER sostenía que el

5 *Ibid.*, p. 454.

centro de gravedad del Derecho iba desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios.

En efecto, el Estado constitucional ha producido y consagrado esta diferenciación dentro de las normas jurídicas entre lo que denominamos 'reglas' y lo que denominamos 'principios'. La mayoría de normas legislativas son 'reglas' y la mayoría de las normas constitucionales que se ocupan de los derechos y de la justicia son 'principios'. Cuando la ley establece la acción de resarcimiento por el daño causado, estamos ante una **regla**, pero cuando la constitución dice que el honor, la intimidad y la imagen son un derecho de los ciudadanos, estamos ante un **principio** (algo que debe orientar la legislación ordinaria y que ésta debe concretar en sus aspectos materiales, procesales y penales). Las constituciones también contienen **reglas**; por ejemplo, cuando el art. 114. II de la Constitución boliviana (CB) dice que "las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas o realizadas mediante el empleo de tortura, coacción, exacción o cualquier forma de violencia, son nulas de pleno derecho". Pero cuando el art. 21.5 CB, afirma el derecho "a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva", estamos ante un **principio**.

Así pues, las reglas nos dicen cómo debemos o no debemos actuar en las situaciones previstas por ellas; los principios, en cambio, nos proporcionan criterios para "tomar posición" ante situaciones que aparecen como indeterminadas. Son "mandatos de optimización" y aportan "razones para la acción"⁶. En este sentido es en el que afirmamos que a normatividad del Estado constitucional está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas (abiertas) y sobre principios y directrices que constituyen no solo límites para el ordenamiento, sino exigencias que éste debe desarrollar⁷.

Si a todo ello sumamos la diferenciación entre principios **explícitos** (formulados expresamente en el ordenamiento constitucional e infraconstitucional) y principios **implícitos** (extraídos a partir de los enunciados positivos); y que estos últimos deben ser tenidos en cuenta en el funcionamiento de las instituciones del Derecho, resulta imprescindible utilizar nuevos marcos teóricos que permitan comprender a fondo esta realidad⁸.

La vigente Constitución boliviana establece un amplio elenco de principios explícitos y de valores de carácter general (arts. 7-29), además de principios específicos que regulan una gran mayoría de las instituciones constitucionalmente consagradas: ¿Se está realizando el debido desarrollo jurisprudencial de estos

6 M. Atienza - J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 43.

7 Sobre la distinción entre principios y reglas, puede verse L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1998, p. 46 ss.; M. Atienza - J. Ruiz-Manero, *Las piezas del Derecho...*, cit., p. 3 ss.

8 P. Talavera, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 102-113.

principios para que vayan teniendo una incidencia efectiva como fundamento de las decisiones jurisdiccionales, en tanto que son los pilares del orden constitucional que se pretende consagrar?

Si abordamos el elenco de los derechos fundamentales, en particular los civiles y políticos (arts. 21-29) y los específicos de los pueblos indígenas (arts. 30-32), podríamos reproducir esa misma reflexión. En efecto, en tanto no estén específicamente desarrollados y concretados como **reglas** por la legislación ordinaria infraconstitucional, siguen manteniendo (desde el punto de vista técnico) el carácter de **principios**. En consecuencia: ¿Constituyen estos derechos, en forma de principios, una referencia ineludible de toda decisión jurisdiccional, considerando que el Estado constitucional exige que las decisiones judiciales sean expresión de la garantía y desarrollo de los derechos fundamentales de los ciudadanos?

III. LA 'PLURALIDAD' DEL ESTADO CONSTITUCIONAL (DE LA LEY A LA CONSTITUCIÓN)

En el modelo tradicional del Estado legislativo, la fuerza de la ley se sustenta sobre la idea de soberanía, fuente del poder y de la legitimidad para su imposición; y su contenido, en ese mismo contexto, surge del presupuesto de una sociedad homogénea cuyo proyecto de convivencia se identificaba con los ideales de justicia de la clase dominante (la burguesía). Sin embargo, el Estado constitucional se ha edificado sobre un pilar sustancialmente diverso: el pluralismo social y político, cuyo máximo exponente es la pluriétnicidad (que acaba por cuestionar, en cierto modo, la idea unitaria y monolítica de soberanía)⁹.

La necesidad de reconocer la existencia de una sociedad plural ha transformado la estructura del Estado legislativo, de corte decimonónico, y la ha hecho evolucionar hacia este nuevo modelo de Estado en el que la diversidad de grupos sociales existentes y sus diferentes proyectos, ideologías e intereses, adquiere carta de naturaleza en la estructura fundante de la convivencia social (la Constitución), sin que ninguno de esos grupos (o su proyecto) sea dominante ni exclusivo, en el sentido tradicional de establecer las bases de la soberanía estatal.

En efecto, para evitar la anarquía normativa, el Estado constitucional plantea un consenso general sobre los aspectos esenciales de la convivencia política y social, que esté por encima de la concurrencia de fuentes normativas diversas y de los intereses particulares que cada grupo y estrato social intenta plasmar en leyes. Ese consenso global se materializa en los principios, valores y derechos recogidos en la Constitución¹⁰. En este nuevo modelo, la unidad y la coherencia del ordenamiento

9 W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós 2000, p. 145.

10 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1992, p. 94.

jurídico ya no provienen de la presunción de 'racionalidad universal' propia del Legislador decimonónico, sino de que la Ley respete y responda al consenso sustancial sobre los principios y derechos fundamentales por los que se rige la sociedad plural. Los derechos y la justicia ya no derivan de la Ley, sino que derivan directamente de la Constitución, que se convierte así en la fuente capaz de dotar de unidad y coherencia al sistema jurídico-político¹¹.

Todo esto significa que la Constitución no es solamente una especie de "super ley", sino algo distinto: un conjunto de principios y derechos fundamentales, fruto de valores y aspiraciones de distinta procedencia, que condicionan la validez de las leyes, que deben convivir y armonizarse, y cuya explicación reside en su carácter pactista. Para conseguir esa armonización debe realizarse una importante tarea de '**ponderación**' entre ellos para conservar en pie de **igualdad abstracta** a normas y principios que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Esa tarea de 'ponderación', de aplicación directa de la Constitución y de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, corresponde, obviamente a los jueces. Y es lo que explica su protagonismo en el Estado constitucional, frene al protagonismo del Legislador en el modelo tradicional de Estado legislativo¹².

Para legitimar este equilibrio relativista entre los diversos proyectos grupales, resulta imprescindible situar el centro de gravedad en la Constitución por encima de la Ley. Precisamente, porque ésta ya no recoge un solo proyecto de convivencia cerrado y predeterminado por un grupo homogéneo, sino que establece las condiciones para garantizar que todos los sectores sociales puedan desarrollar su propio proyecto; de ahí la prevalencia de los principios (abiertos) sobre las reglas (cerradas) y la coexistencia de principios y valores constitucionales diversos (y aun contradictorios). Las leyes ya no se fundan en una única racionalidad universal sino en una combinación de los distintos valores y principios constitucionales. La soberanía estatal monolítica resulta sustituida por la soberanía 'coral' de la Constitución. Y, en consecuencia, el principio de legalidad resulta matizado e integrado en el principio de constitucionalidad¹³.

En la vieja sociedad burguesa, donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse plenamente su visión de la justicia. En una sociedad plural, la ley expresa, por el contrario, todas las combinaciones posibles de los principios constitucionales, cuya función consiste precisamente en establecer los mínimos irrenunciables de cualquiera de esas combinaciones. De este modo, la Ley continúa siendo un acto creador de Derecho (no mera ejecución de la constitución) pero, a diferencia del Estado legislativo, se trata de un Derecho particular y contingente que únicamente refleja el punto de

11 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, Madrid, Trotta 1997, p. 41.

12 L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1998, p. 69.

13 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 34.

vista de quienes ocasionalmente representan una mayoría política en el proceso legislativo¹⁴.

En las actuales sociedades pluralistas, como la boliviana, la Ley queda subordinada a la Constitución, que da primacía a los principios y valores superiores sobre los que se asienta el Estado (plurinacionalidad, libertad, igualdad, solidaridad, seguridad...) y a los derechos fundamentales de los ciudadanos, que ostentan el máximo rango jurídico; en particular, los derechos colectivos directamente ligados al reconocimiento de minorías (derechos lingüísticos, religiosos, culturales, políticos), para cuya salvaguarda los jueces deben asumir su papel de auténticos protagonistas, en tanto que llamados a suplir y completar las deficiencias del legislador a través del juego de los principios constitucionales como referente ineludible en sus decisiones¹⁵.

En el modelo de Estado constitucional boliviano se ha planteado un nuevo sistema de estructuración del poder donde todos los elementos del tradicional Estado de Derecho vienen redefinidos y reubicados en función del hecho fundante básico sobre el que se edifica: la 'plurinacionalidad'. En ese contexto, la **Constitución política del Estado** presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas (las naciones, pueblos y comunidades que componen el pueblo boliviano, según el art. 3 CB) introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, esos principios son insertados plenamente como presupuestos fundantes de todo el orden jurídico y exigen tener presencia en la acción judicial ordinaria. Pero, en este contexto pluralista, como apuntamos, ninguno de los principios puede tener un carácter absoluto (no hay un orden jereárquico entre ellos); ya que si alguno se convirtiera en **tirano**, se rompería el frágil equilibrio de la sociedad plural. Todos deben pervivir en el mismo nivel y sólo el juez está legitimado para hacerlos jugar (y prevalecer en cada caso unos sobre otros), de acuerdo al interés superior que deba salvaguardarse en cada situación.

En otras palabras, sólo su capacidad de **relativizarse** permite a los principios conciliarse entre sí y garantizar la pervivencia del propio pluralismo social, cuya característica consiste en un continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. La salvaguarda del pluralismo, pues, se basa en garantizar que ningún principio se convierta en hegemónico. Para ello, es imprescindible garantizar que todos entren en juego en la medida en que hayan de tomarse decisiones en las esferas propias de su acción. Y eso sólo puede realizarse y garantizarse a través de la acción jurisdiccional. Es decir, en la medida en que las decisiones judiciales asumen como fundamento sustancial de su justificación los principios y valores que el ordenamiento constitucional pretende realizar.

14 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 48.

15 R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa 1984, p. 168.

¿Es esa la realidad de la acción judicial en Bolivia? ¿Se ha asumido en esta acción judicial al realidad plurinacional y la exigencia de poner en juego todos los principios y valores constitucionales para luego realizar la tarea de ponderación?

IV. LAS 'PRESTACIONES' EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional se edifica sobre la protección y efectivo ejercicio de los derechos humanos. BOBBIO definió con acierto nuestra época como “la era de los derechos”, por cuanto la gran mayoría de ellos (consagrados como derechos naturales en las primeras declaraciones del siglo XVIII) hoy forman parte del Derecho positivo, principalmente recogidos por documentos y tratados internacionales y formulados por el Derecho constitucional. La positivación de los derechos humanos como derechos fundamentales en una Constitución supone, pues, el reconocimiento real de *expectativas negativas* y *expectativas positivas*. Las primeras se garantizan mediante la inmunidad de intromisión en su ejercicio por parte de terceras instancias (paradigma típico de los derechos civiles y políticos a los que acabamos de aludir). Las segundas, mediante técnicas de coerción o de sanción que posibilitan su satisfacción efectiva (es el paradigma de los derechos sociales)¹⁶.

Una de las grandes transformaciones del Derecho de nuestro tiempo –que el Estado constitucional incorpora como presupuesto– es el aumento progresivo de normas que suponen el reconocimiento de derechos en clave de *'expectativas positivas'*¹⁷. *He ahí el origen de los derechos sociales. Un ejemplo paradigmático de esto lo constituye el extensísimo (casi desmesurado) elenco de estos derechos presente en el vigente texto constitucional boliviano (arts. 34-105 CB). ALEXY sostiene que cuando se habla de derechos sociales fundamentales (salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación) se está haciendo referencia a prestaciones* en sentido estricto¹⁸. Esto supone que el individuo tiene, bajo determinadas condiciones, un derecho subjetivo a exigir y recibir esas prestaciones¹⁹.

Las prestaciones relacionadas con derechos sociales son, en principio, exigibles al Estado, pero no pocas veces afectan también, de manera directa, a las relaciones jurídicas entre particulares. Esto significa, por ejemplo, que el derecho a un medio

16 L. Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 20 ss.

17 F. Laporta, *Algunos problemas de los deberes positivos generales*; en Doxa, N° 3, 1986.

18 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPS 2001, p. 482 ss.

19 El Estado ha dejado de ser, predominantemente, un aparato de represión para pasar a ser, fundamentalmente, un aparato de prestación; lo que supone un cambio en las funciones del Derecho, sobre todo, con la aparición de la función promocional, ampliamente estudiada por N. Bobbio. El Estado social, para acometer su tarea prestacional y su gestión de la actividad económica, requiere conceder al ejecutivo un amplio margen en la gestión directa de los intereses públicos de tipo económico y social, por lo que resulta difícil sujetar sus actuaciones a una Ley previa, algo que choca de frente con el inmovilismo normativo e institucional a que conducía el “imperio de la Ley”, principal valuarte del Estado legislativo. El legislador se debate, pues, en una continua tensión entre el respeto al principio de legalidad (difícilmente compatible con decisiones técnicas, específicas, rápidas y de oportunidad) y las exigencias de una gestión eficaz y eficiente. De ahí la necesidad de un nuevo marco estructural en el que salvando los principios básicos irrenunciables del Estado de Derecho, quepa una adaptación a las nuevas funciones del Estado y a la plural y compleja estructura social.

ambiente sano, a la preservación del patrimonio cultural e histórico, a la salud, educación, vida, no discriminación, etc., lejos de reducirse a meras declaraciones programáticas, en este modelo de Estado constituyen premisas habituales en la justificación de decisiones judiciales referidas a la propiedad, a los contratos, la familia, los daños o la relación laboral.

He ahí una de las contradicciones más patentes del *Estado social* que la Constitución boliviana consagra: requiere de los poderes públicos la satisfacción de esos derechos sociales mediante *prestaciones* de carácter positivo, pero tal satisfacción pocas veces resulta determinable en términos de reclamación jurisdiccional efectiva por falta de legislación civil o administrativa que establezca el cauce procesal oportuno. En consecuencia, el carácter de prestaciones exigibles se transmuta en esporádicas actuaciones estatales, eminentemente discrecionales, ajenas a los principios de seguridad jurídica, certeza y estricta legalidad.

En los casos citados, referidos a bienes esenciales (salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación), el sistema de derechos fundamentales del Estado constitucional (basado sobre expectativas positivas), debería paliar esta disfunción con una decidida y crucial intervención de las decisiones judiciales que a estos bienes afectan. Dicho de otro modo: el juez, en el Estado constitucional, en cuanto que garante de estos derechos, debe realizar una acción positiva en la protección y acceso efectivo de los ciudadanos a esos bienes esenciales a través de sus sentencias. De manera que, al resolver cualquier controversia (en particular si es de derecho público, pero también las de derecho privado) debe hacerlo siempre en la dirección que mejor asegure la realización de los derechos sociales.

He ahí un signo más de la necesidad que tienen el Derecho y el juez de contar con modelos teóricos que les permitan comprender y encajar este fenómeno. ¿Se está implementando este modelo teórico de acción jurisdiccional en el Estado boliviano en coherencia con el diseño constitucional de un extenso elenco de derechos fundamentales de contenido social?

V. LA METODOLOGÍA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (DE LA SUBSUNCIÓN A LA PONDERACIÓN)

Para el modelo clásico, el juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma, a fin de aplicarla al caso concreto mediante una labor puramente lógica y de verificación. La actividad judicial estaba pensada sobre el mecanismo (automatismo, en sentido estricto) de la *subsunción* del caso concreto en la norma general²⁰.

20 La supremacía de la ley (imperio de la ley), propia del Estado legislativo, rompió de facto el equilibrio entre los poderes del Estado. La función legislativa de creación del Derecho prima sobre las otras dos funciones, por lo que se propicia el predominio de una concepción formal-legalista del Derecho, como consecuencia de la cual se

La **subsunción** como procedimiento lógico-formal establece un paralelismo con el conocimiento de las ciencias naturales –donde el objeto es accesible al sujeto cognoscente–, el razonamiento judicial subsuntivo (complemento necesario del modelo legislativo clásico), es típicamente monológico. Cada sujeto razona individualmente, en su fuero interno, y todos por igual. Conocida la verdad de las premisas del razonamiento, la conclusión –la decisión– se sigue con necesidad lógica. Con ello se garantizaba, además, el predominio de la legislación (legitimidad democrática para creación de Derecho) sobre la jurisdicción (sólo función aplicativa que evita toda arbitrariedad).

En el modelo del Estado constitucional el razonamiento jurídico viene entendido como un razonamiento ‘práctico’ que conduce a que la decisión jurídica tenga carácter discursivo e intersubjetivo²¹. Es decir, se sustituye la perspectiva monológica por la dialógica.

Si tenemos en cuenta cómo son las normas constitucionales de este modelo (prevalencia de reglas generales indeterminadas, de principios –incluso implícitos–, y de directrices); si observamos el contenido y exigencias de los derechos fundamentales tal y como están configurados (expectativas positivas); y si atendemos al nivel de ‘exigencia’ que el modelo proyecta sobre las decisiones jurisdiccionales, debemos constatar que la **sentencia** ya no es la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales (ya no es una operación mecánica, meramente aplicativa de la norma al supuesto), sino que estamos ante una ‘opción’ del juez que se inclina por una determinada solución. Cabe afirmar, con Dworkin, que en el modelo de Estado constitucional no cabe plantear la existencia de ‘una única respuesta correcta’. La tarea del juez es, sobre todo, interpretativa y con una importante componente de ‘discrecionalidad’, favorecida por la prevalencia de los principios sobre las reglas, pero que no debe confundirse con **arbitrariedad**, dado que su decisión debe contar con un suficiente respaldo argumentativo.

Por consiguiente, si no se quiere caer en posturas radicalmente realistas o decisionistas (en donde se diluya cualquier idea de certeza) y donde la libérrima conciencia decisoria del juez acabe por imponerse como único procedimiento efectivo (el juez dueño y señor del Derecho), debemos plantear una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico un carácter intersubjetivo (dialógico)²²: “El juez no decide al margen del contexto social, no decide impunemente. Su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público” (Dworkin). La conciencia del juez debe convertirse en conciencia pública, asumiendo en sus

produce una exaltación de la actividad codificadora (cuyo mayor exponente es el Código civil Napoleónico de 1804) y una reducción de la actividad jurisdiccional a mera aplicación mecánica de la ley (el juez es la boca de la ley). El término “subsunción” (encajar el hecho en el supuesto previsto por la norma) resume toda la actividad judicial: “al servicio de la Ley”.

21 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 79.

22 J.A. García Amado, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

resoluciones (dentro de la legalidad) las concepciones de justicia real y efectivamente vigentes, materializadas en los principios, valores y derechos constitucionales²³.

Hace varias décadas que los juristas vienen apelando a la “fuerza de convicción de la sentencia”. Más allá de la forma de caracterizar y distinguir los principios, si repensamos las categorías mencionadas, entenderemos por qué se destaca como una de las más significativas diferencias entre los modelos la **metodológica**: el modelo clásico genera un modelo de “subsunción”; en cambio, el modelo del Estado constitucional produce un modelo de “ponderación”. Las exigencias del cambio metodológico nos conducen, pues, de un Derecho de la Ley, a un Derecho de la Constitución determinado en el caso por las sentencias de los jueces.

En efecto, el doble sometimiento del juez a la ley (principio de legalidad), y a la Constitución (principio de constitucionalidad), le exige hacer una **aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto**; es decir, debe considerar junto a las razones de la Ley, las razones de la Constitución. Pero el carácter abierto de las normas constitucionales y su frecuente contenido moral valorativo (mucho más que las leyes), facilita que el juicio ponderativo de razones que el juez realiza –el juicio de constitucionalidad al que somete la ley en la resolución de un caso- sea (o pueda ser) notablemente discrecional; no en vano se habla de juicio de ‘razonabilidad’ para referirse al él. En suma, cuando en la resolución de casos se hacen jugar los principios constitucionales, el intérprete desempeña una actividad mediadora e interpretativa (dialógica) mucho más intensa que cuando se trataba simplemente de aplicar leyes en el modelo tradicional.

En este sentido cabe preguntar, de nuevo, si se está realizando, en el contexto del Estado plurinacional de Bolivia, una reflexión seria y profunda sobre el papel institucional (no político) que corresponde al poder judicial como organismo y a los jueces ordinarios singularmente considerados (no sólo las altas instancias de la magistratura o del Tribunal constitucional) que este modelo de Estado les ha encomendado como cauces efectivos de las concepciones de justicia vigentes en la sociedad, y que deben materializarse en sus resoluciones.

VI. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (DEL CÓDIGO A LA SENTENCIA)

Ciertamente, el incremento del protagonismo de la Constitución supone, de algún modo, el “debilitamiento” del protagonismo de la ley y del principio de legalidad propios del modelo tradicional²⁴. En el Estado constitucional la primacía de

23 R. Dworkin, *A matter of principle*, cit., p. 91 ss.

24 En el modelo de Estado legislativo de Derecho se afirmaba a sí mismo a través del “*principio de legalidad*”. Este principio, en general, expresa la idea de que la ley es el acto normativo supremo, frente al cual no es oponible ningún otro acto o derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y su fundamento (ni el poder de excepción de la administración, en virtud de la “razón de Estado”, ni la imposible abstención de los jueces, ni la resistencia de los particulares). El “principio de legalidad” supuso en el Estado de Derecho, la reducción del Derecho a

la Constitución sobre la ley se materializa (ya lo vimos) modulando el principio de legalidad a la luz del principio de constitucionalidad. La ley ya no es la última palabra del Derecho, necesita de un ulterior procedimiento de adecuación a la Constitución; y es el juez (ordinario o constitucional) quien lo determina²⁵.

En el modelo clásico el Derecho es un monopolio del legislador y el **Código** es la fuente por excelencia²⁶. En el Estado constitucional el Derecho infraconstitucional ya no radica en la letra de la Ley sino en lo que los jueces dicen desde la Constitución. El Estado constitucional se apoya, pues, en una mayor actividad judicial. En efecto, mientras que el modelo clásico trata de limitar (evitar) que los jueces sean **creadores** de Derecho, radicalizando la importancia de someter el funcionamiento del sistema al poder omnipotente del Legislador; en el modelo constitucional la autoría del 'Derecho infraconstitucional' pasa a manos de la magistratura y, en sentido más amplio, de los juristas. En este marco, no hace falta que un código contenga un catálogo solemne de derechos. Antes bien, los 'derechos infraconstitucionales' están entretejidos con las normas constitucionales no como simples proclamaciones, sino con todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez.

A nadie escapa que esto constituye un extraordinario logro del sistema, pero muchos sostienen que genera también un inevitable **riesgo**²⁷. Desde el punto de vista de las garantías de los ciudadanos frente a la función judicial, este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces podría colisionar con las razones democráticas del Estado de Derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas contra el modelo radica en sostener que las decisiones judiciales (en particular, las de los jueces constitucionales) no son **democráticas**. Con su actuación discrecional sobre la ley, los jueces participan activamente en la función legislativa y de gobierno, pero sin ostentar la legitimación democrática ni la técnica exigida a los legisladores. Cuando se trata de decisiones que sobrepasan los derechos individuales de los intervinientes en un determinado proceso, se está produciendo un inmenso desplazamiento de facultades desde los órganos democráticos hacia los jueces, que están al margen del debate público y que no asumen responsabilidades políticas frente a sus conciudadanos.

la Ley y, por tanto, la exclusión (o, al menos, la sumisión a ella) de todas las demás fuentes del Derecho (en particular la costumbre).

- 25 El sometimiento del juez a la ley se basa en una tradición continental de tipo racionalista que tiene entre sus referentes a Tomás de Aquino, Descartes y Leibniz y una fuerte presencia estatal que se manifestó, por ejemplo, con Napoleón y la escuela de la exégesis.
- 26 La ley por excelencia en el contexto del Estado legislativo es el **Código**. Ahí se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la Ley: la voluntad positiva del legislador, impuesta en todo el territorio del Estado, enunciada según la razón (razón de la burguesía liberal asumida como punto de partida); con disposiciones sistematizadas y estructuradas según los principios de la lógica formal y asentadas sobre los presupuestos dogmáticos de la *unidad* (exclusión de cualquier otra fuente de derecho), la *plenitud* (todos los casos posibles pueden resolverse acudiendo a las normas del código o a los mecanismos previstos por el propio código, como la analogía) y la *coherencia* (ausencia de contradicciones o antinomias en sus disposiciones).
- 27 F. Zannotti, *Las modificaciones del Poder Judicial: de un juez "boca de la ley" a un juez de los derechos*, JA, 1996-III-803.

nos (porque no han sido elegidos) pero que pueden condicionar la acción legislativa de tal o cual manera²⁸.

Ciertamente, las *indeterminaciones normativas* y el recurso a los *principios constitucionales*, conlleva el peligro de imponer en las sentencias los criterios propios del juez. De ahí que, desde hace años se venga insistiendo en que “es necesario volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral”²⁹. Pero sin olvidar que un Estado de Derecho necesita tomarse “las reglas en serio”, no se puede negar que han sido y son los jueces quienes –enfrentándose muchas veces a los poderes del Estado o a los grupos económicos, más atentos al lucro que a las necesidades de justicia, educación o salud de los ciudadanos- han garantizado y protegido los derechos fundamentales.

Por supuesto que no procede esconder algunas consecuencias problemáticas que el Estado Constitucional produce en el ámbito de la decisión judicial:

- Incremento del protagonismo civil y político de los **jueces**.
- Tensión con las razones democráticas del Estado de Derecho.
- Problemas de legitimidad del poder judicial.
- Crisis de la imagen de imparcialidad.
- Riesgo de control político sobre el poder judicial.
- Peligro de utilización de los criterios propios del juez (decisionismo, arbitrariedad).

Por supuesto que esto supone depositar en el juez del Estado constitucional una enorme responsabilidad y un enorme poder. Pero se trata de un poder *soportable*, porque el tipo de control que ejerce es *'incidental'* y porque coexiste con un órgano de control constitucional (Tribunal constitucional) cuya composición suele estar determinada por el poder legislativo. Aunque también es cierto que se trata de un poder más *eficaz* que el del Juez constitucional porque todo su calado se despliega cada día en la labor callada y difusa de los tribunales de justicia. A pesar de todo, ese *redimensionamiento de la función judicial* no supone, en absoluto, la disolución del principio de legalidad en relación con los jueces. Pero sí pone de manifiesto la importancia que tiene en la actuación del juez el peculiar marco creado por el Estado constitucional.

Considero que en el actual contexto del Estado plurinacional de Bolivia el poder judicial todavía no ha reflexionado seriamente sobre esta nueva realidad. Pero tampoco por parte del poder político se ha comprendido la trascendental

28 R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

29 F. Laporta, *El ámbito de la Constitución*, Doxa 24 (2001), pp. 459 y ss.

función que el juez representa para la viabilidad del Estado, quizá por ello son más frecuentes las proclamas a favor de la superioridad y omnipotencia del principio democrático que justifica toda la legislación infraconstitucional que el respeto y el aplauso ante la acción judicial en defensa de los principios y derechos fundamentales. Esta afirmación sobre la superioridad del legislativo y la subordinación del judicial a sus dictados, que denota una forma de 'politicismo' hipertrofiado, parece olvidar que el control jurisdiccional es una condición indispensable de la democracia, y parece olvidar también que muchas de las aperturas 'principalistas' de los jueces suelen estar propiciadas por una deficiente legislación y por una abusiva intromisión del legislativo en terrenos vedados por las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

7. EXIGENCIA DE ARGUMENTACIÓN EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Este presunto 'debilitamiento' del principio de legalidad en relación con el creciente protagonismo de los jueces ha sido calificado por muchos teóricos del Derecho como la transformación de la magistratura en un sujeto político. Se trata de variantes del realismo jurídico, como los *Critical Legal Studies*, dentro del contexto norteamericano; el *Movimiento de Derecho Alternativo*, en el ámbito sudamericano y el *Uso Alternativo del Derecho*, planteado en el contexto europeo. Con unos u otros matices, lo que une a todas estas corrientes es una idea radical sobre la función jurisdiccional: que los jueces (los constitucionales y también los ordinarios), deben ser hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley; es decir, que en el Estado constitucional los jueces deben ser '*guardianes*' del legislador. Dicho de otra manera, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución que ésta aporta para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional. Si, por el contrario, entiende que el contenido de justicia material contenido en la Constitución no se ve respetado plenamente por las posibles veleidades partidistas de la ley, el juez puede 'sortearla'³⁰.

Aunque la radicalidad de estos planteamientos no puede sostenerse porque permiten al juez ordinario vulnerar el principio de legalidad en casos extremos, sí ponene en evidencia la tensión existente entre el principio de legalidad y el de constitucionalidad. En efecto, si el juez debe respetar el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales frente al legislador (por encima de la decisión parlamentaria), resulta justificado un cierto incremento del activismo judicial, incluso en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable. Pero ese activismo puede fácilmente desembocar

30 "Las exigencias de los casos -dice G. Zagrebelsky- cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley; son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida" (*El Derecho dúctil*, cit., p. 134).

en un modelo decisionista (antidemocrático) cuyos riesgos de arbitrariedad son evidentes. En otras palabras, si la ley se reduce a una indicación relativa, sometible al criterio 'constitucional' (y discrecional) del juez ordinario: ¿por qué vamos a confiar en la rectitud y justicia de esa actuación discrecional más que en la ley? También los criterios 'constitucionales' por los que un juez escoge unas u otra categoría de justicia son (o pueden ser) 'interesados'. En efecto, la supuesta inconstitucionalidad de la ley argüida por un juez puede ser un simple subterfugio para justificar su no aplicación cuando ésta no ofrece la solución al caso que él estima satisfactoria.

Para solventar este dilema: **legalidad** (decisión democrática que puede no respetar derechos) frente a **constitucionalidad** (que garantiza derechos pero permite la discrecionalidad judicial) resulta imprescindible una estrecha vigilancia sobre la discrecionalidad judicial. ¿Pero cómo se puede realizar este control? ¿**Quid custodit custodes?** (¿quién vigila al vigilante?). Sólo hay una manera de someter a control a los jueces: vigilar la **racionalidad** de sus resoluciones y sentencias. Eso explica la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, siendo consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, resulta necesario exigir una rigurosa argumentación en sus resoluciones para 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. Si el juez ya no es la simple "**boca que pronuncia las palabras de la ley**" (Montesquieu) 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 definitiva, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es un ejercicio arbitrario. La presencia de esa discrecionalidad 'fuerte' en el desempeño de la función judicial no proporciona impunidad al juez; antes al contrario, representa la exigencia de implementar controles jurídicos sobre el proceso argumentativo que van desde el establecimiento de las premisas fáctica y normativa del caso hasta la resolución o fallo. Este es el papel que hoy juegan las denominadas **teorías de la argumentación**: ejercer un control argumentativo sobre las decisiones judiciales para acreditar su racionalidad (razonabilidad) y erradicar una hipotética arbitrariedad.

En conclusión, la implementación real del Estado constitucional diseñado por la nueva Constitución boliviana pasa por una toma de conciencia radical por parte de los jueces sobre su papel fundamental de garantes del modelo (guardianes del principio de constitucionalidad) y por una conciencia más radical todavía sobre la

necesidad de argumentación 'fuerte' en sus resoluciones en clave de principios; es decir, asumir el papel de **cauces** a través de los cuales las concepciones de justicia (constitucionalmente positivadas) penetran efectivamente en la aplicación de la legislación ordinaria.