La discrecionalidad judicial y la sanción.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 23 - 29

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y LA SANCIÓN*

JUDICIAL DISCRETION AND PENALTY

*Félix Peralta Peralta***
fisperalta@yahoo.es

Presentado: 03 de Agosto de 2017. Aceptado: 22 de Noviembre de 2017

RESUMEN

La decisión judicial como instrumento legal que dirime un conflicto de relevancia jurídica, se puede expresar en un tipo de sanción del mismo carácter, sin embargo esta debe fundarse en normas jurídicas llámense reglas o principios, cuya validez se encuentran en la propia Constitución Política del Estado, tanto en su estructura formal como en su contenido. No obstante esas mismas normas jurídicas otorgan al juez la facultad de adoptar diferentes soluciones para un caso, así surge la idea de la discrecionalidad judicial. Este trabajo hace referencia a las fuentes de validez de las normas jurídicas a partir del principio de jerarquía normativa para justificar la imposición de la sanción jurídica, así como los planteamientos teóricos que pretenden justificar la solución a adoptarse según la textura de la norma que en su caso sea vaga o indeterminada, dejando sentado que su abordaje tanto desde el punto de vista sustantivo -respeto al principio de legalidad- como adjetivo respeto al debido proceso en su vertiente de fundamentación constituyen el limite a la discrecionalidad, para tal propósito se analiza la imposición de una sanción jurídica en el ámbito de la Justicia Indígena Originaria Campesina.

PALABRAS CLAVE: Sanción jurídica / discrecionalidad / derechos esenciales

SUMMARY

The judicial decision as a legal instrument that settles a conflict of legal relevance can be expressed in a type of sanction of the same character, however it must be based on legal or principles whose validity is in the Political Constitution of the State, both in its formal structure and its content. However, these same legal norms give the judge the power to adopt different solutions for a case, thus the idea of judicial discretion arises. This paper refers to the sources of validity of legal norms based on the principle of normative hierarchy to justify the imposition of the legal sanction, as well as the theoretical approaches that seek to justify the solution to be adopted according to the texture of the norm that in its case is vague or indeterminate, stating that its substantive -the legality principle- and adjective -the due process and its foundation aspects- approaches constitute the limit to discretion. For this purpose, the imposition of a legal sanction is analyzed in the field of Peasant Native Indigenous Justice.

KEYWORDS: Legal sanction, discretion, essential rights

* Artículo de investigación producto del Programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andres, desarrollado en la gestión 2017.

** Félix Peralta Peralta es docente de la Carrera de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

I. INTRODUCCIÓN.

La convivencia social plantea un conjunto de posibilidades en cuanto al establecimiento de las relaciones entre los individuos que conviven en ella, de estas relaciones pueden emerger algunos conflictos de relevancia jurídico-social. Estos conflictos en un Estado Constitucional de Derecho deben ser resueltos a la luz de las decisiones judiciales, generando la aplicación de un conjunto de normas y principios de carácter jurídico. Sin embargo, en ese escenario se puede advertir diferentes soluciones que le otorgan al juez un margen de discrecionalidad es decir el juez puede elegir entre diferentes interpretaciones autorizadas como ocurre en la imposición de la pena tipo de sanción jurídica donde la ley establece un máximo y un mínimo, pero no prescribe con precisión cual debe ser la decisión a adoptarse surgiendo la posibilidad de que el juez adopte una determinación que puede tornarse arbitraria, desconociendo la certeza jurídica y el principio de legalidad que rige en materia sustantiva como procesal.

Ahora bien considerando imprescindible establecer límites a este margen de discrecionalidad a través de la aplicación de métodos de interpretación y de un pronunciamiento fundamentado en la norma positiva y principios de carácter ético moral emergen la argumentación jurídica ligado a la debida fundamentación de resoluciones como componente de la garantía del debido proceso.

Conforme lo expuesto en el presente trabajo se hará referencia a una decisión sancionatoria de la jurisdicción indígena originaria campesina en Bolivia –que afecta de manera intensa los derechos de los sancionados- y la consiguiente decisión del Tribunal Constitucional mostrando que si bien dicha jurisdicción tiene un margen de apreciación cultural aún falta trabajar la argumentación jurídica de forma que se respete la discrecionalidad cultural sin llegar a la arbitrariedad.

II. DESARROLLO:

Para analizar la discrecionalidad judicial, es imprescindible realizar un análisis de la norma superior en relación a la norma inferior, relación entendida como jerarquía normativa, permitiendo establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango teoría recogida por nuestra Constitución que garantiza expresamente el principio de jerarquía normativa; la formulación de Hans Kelsen en la obra Teoría Pura del Derecho, señala que la norma superior regula el acto por el cual la norma inferior es creada –lo que incluye a las normas indígenas-; de la misma manera una norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada. La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, de forma incompleta, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta de esta manera como una especie de marco que se debe llenar, lo que ocurre en la imposición de pena ante la eventual determinación de condena, como consecuencia del hecho ilícito.

La discrecionalidad judicial y la sanción.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 23 - 29

La determinación de la interpretación de la norma incluso sancionatoria para su aplicación al caso será, por tanto, fruto de una decisión libre, de una decisión no siempre regulada con precisión por el ordenamiento jurídico, en definitiva, una decisión discrecional. La discrecionalidad es así, en la construcción de Hans Kelsen, un fenómeno inherente a todo proceso de concreción y aplicación de la norma y que, por tanto, se presenta en todas las gradas del ordenamiento.

Asimismo tenemos posiciones moderadas, como la de H.L.A. Hart, según la cual, los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los "difíciles"; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en ningún caso como refiere Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta. Concluyendo que la discrecionalidad es aquel margen de libertad en la toma de decisiones de la autoridad judicial; entendida como la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a la autoridad judicial para que decida según los estándares que considere justificadamente ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a ser aplicada.

Este grado de discrecionalidad otorgado a las autoridades judiciales por la indeterminación de la normativa jurídica, se encuentra al borde de una línea muy fina que lo separa de la arbitrariedad, la cual afectaría a la certeza jurídica y el principio de legalidad, que debe existir en todo proceso y del que debe hallarse resguardado el mismo.

Certeza jurídica analizada por Aarnio, como la posibilidad que todo ciudadano tiene al derecho de esperar protección jurídica, evitando la arbitrariedad en las decisiones judiciales. Comprendida tradicionalmente como la negación a la arbitrariedad; entendiéndola como el quiebre de la confianza de los ciudadanos en la previsibilidad de las decisiones de las autoridades judiciales, quienes tienen la difícil labor y obligación de inspirar seguridad jurídica a los ciudadanos que acuden ante ellos para la resolución de sus conflictos.

Asimismo se ha establecido que la certeza jurídica no solo es entendida como una decisión aceptable; significa que no es suficiente que la decisión tomada optimice únicamente su predictibilidad a la vista de las normas jurídicas válidas sino que también debe optimizar su aceptación moral

En este orden de ideas, con la finalidad de evitar la afectación a la certeza jurídica, debe identificarse el mecanismo idóneo para evitar esta afectación, cuando se analiza la discrecionalidad judicial como posibilidad de elegir entre diferentes cursos de acciones válidas en los casos en que no exista una respuesta jurídica valida, también llamado "casos difíciles", porque en ellos es imprecisa la regla a seguir, por lo que los jueces al conocer este tipo de casos usan la discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada y razonable en la solución del caso en concreto; criterio desarrollado por H.L.A. Hart; Ronald Dworkin, objeta esa postura en el sentido de afirmar que tales decisiones no son de conveniencia social, si no por el contrario son básicamente de consistencia jurídica y moral, ya que los principios funcionan de manera diferente a las reglas, sosteniendo que: "…los principios dictan resultados menos precisos que las

normas…"; son igualmente obligatorios, en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o interprete en los casos en que sea pertinente. Por esta razón, según Dworkin los argumentos del positivismo de Hart son falsos. Ya que los jueces en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho pues los jueces "*deben aplicar el derecho creado por otras instituciones y no crear nuevo derecho*" aplicando principios vigentes en el sistema jurídico, porque aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez le reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón.

Comprendiendo de esta manera que ante la posibilidad de más de una solución de un problema, siendo la norma aplicable de textura abierta o de expresiones lingüísticas vagas, nos encontramos en presencia de casos difíciles. Siendo un claro ejemplo de normas de textura abierta, la determinación de tipos penales conformado por el hecho y su consecuencia, el cual es abierto, porque el legislador determina un mínimo y un máximo de pena, ante la adecuación de una conducta a un tipo penal, remitiéndonos a parámetros y lineamientos generales y vagos para la imposición de la pena, ante la posibilidad de considerar circunstancias agravantes y atenuantes para la determinación del quantum de la pena; posibilitándose de esta manera que la autoridad judicial a momento de imponer la pena, lo realice en el marco de la discrecionalidad que la propia norma le otorga.

De esta manera surge este debate y análisis de ¿***Cuál es el límite de la discrecionalidad judicial en la aplicación de la sanción judicial***?; pregunta difícil de responder, pero necesario de hacerlo, para así evitar que las autoridades judiciales- también las indígenas- incurran en arbitrariedades a momento de tomar una decisión; para realizar una adecuada reflexión debemos considerar las características que debe tener toda Resolución emitida por una autoridad judicial.

En mi criterio dicho límite emerge de la obligación que tiene los jueces de justificar correctamente una decisión sancionatoria; sobre esta base debe decirse que la racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales y en este sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan por las autoridades judiciales a momento de imponer una pena.

Las Resoluciones que resuelven una solicitud o reclamo, deben contener una motivación coherente consigo mismas, con los antecedentes del caso y con el ordenamiento jurídico, exponiendo de forma clara y precisa los fundamentos que llevaron a la autoridad a resolver el caso de una u otra forma, respondiendo a todos los aspectos demandados; la exigencia de fundamentar y motivar las resoluciones judiciales, el Juez debe exponer con claridad los motivos que sustentan su decisión, que la garantía del derecho al debido proceso, entre sus presupuestos exige que toda resolución sea debidamente fundamentada, esto es, que cada autoridad que dicte una resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la

La discrecionalidad judicial y la sanción.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 23 - 29

fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma, por cuanto la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a la partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, proveyendo al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió. Lo que evitara que la autoridad judicial sea arbitraria en la decisión asumida y que el margen de discrecionalidad se enmarque en los parámetros normativos propicios en la determinación asumida.

III. UN EJEMPLO DE FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN UNA RESOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN BOLIVIA

Dentro del amparo constitucional que concluyó en la sentencia SCP 0033/2015-S3, los accionantes manifestaron que los comunarios ingresaron a sus sembradíos de quinua y los desalojaron, por lo que acudieron a la policía y a la jurisdicción penal, tras lo cual se emitió resolución comunitaria de 31 de marzo de 2013, que determinó expulsarles de manera definitiva ordenándose el desalojo y la pérdida definitiva de sus terrenos.

El Tribunal Constitucional identificó dos problemáticas: 1) Sobre medidas de hecho y 2) Sobre la determinación comunitaria de 31 de marzo de 2013 de expulsión definitiva.

Sobre las medidas de hecho denunciadas, es decir los desalojos ilegales y agresiones de las cuales habrían sido víctimas, el órgano de control de constitucionalidad, evidenció que tras ser desalojados los accionantes acudieron a la policía y al Delegado del Gobierno Departamental, quienes también fueron amenazados y expulsados del lugar, reteniéndose esa vez a los accionantes a quienes agredieron física y verbalmente. Dicho actuar de los demandados al margen de un procedimiento y el respeto de las garantías procesales se entendió como justicia por propia mano y no el ejercicio de justicia indígena.

Respecto al segundo punto a resolver, que era la resolución comunitaria de 31 de marzo de 2013, que determinó la expulsión definitiva de los accionantes, se recordó por el órgano de control de constitucionalidad que para que se active la competencia de la jurisdicción indígena en Bolivia deben concurrir tres ámbitos:

El ámbito de vigencia personal, respecto al cual el art. 191-II-1 de la Constitución establece que: "*están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino…*" dicha membrecía se determina por el vínculo "particular"[1] que une a los miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino.

El ámbito de vigencia territorial, es decir la justicia indígena: "*…se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino*"[2], de

1 BOLIVIA. Constitución Política del Estado. 2009. Artículo 190-I.

2 BOLIVIA. Constitución Política del Estado. 2009. Artículo 191-II-3.

forma que no alcanza a migrantes que individual y voluntariamente abandonaron sus espacios geográficos y se sometieron a la competencia de la justicia ordinaria.

El ámbito de vigencia material, referido por el art. 191-II.2 de la Constitución que establece que la jurisdicción indígena originaria campesina: *"…conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una ley de Deslinde Jurisdiccional…"* dicha norma hace referencia a "asuntos" debido a que en las comunidades indígenas no se diferencian materias como las civiles, penales, etc.[3]

Hecha dicha precisión se analizó la resolución comunitaria de 31 de marzo de 2013, y se estableció que la misma sostiene que el accionante no sería comunario, incurriendo en una incongruencia en la medida en la que si no sería miembro de dicha comunidad entonces ellos no tendrían competencia para determinar su expulsión y que: "*…para que las determinaciones de la justicia indígena sean respetadas es necesario que muestren, en la resolución de los casos, que concurren los ámbitos personal, material y territorial, explicando que según sus normas y procedimientos propios están juzgando problemas producidos bajo su jurisdicción y competencia*".

Por otra parte ya en el análisis de fondo de dicha resolución se observó que la resolución impugnada tras referir los antecedentes de hecho, pasa directamente a declarar la expulsión definitiva ignorando el deber de fundamentar, entendiéndose que: "*… las autoridades demandadas omitieron ese deber limitándose a señalar que se cometieron faltas graves, pero sin mostrar que la expulsión está prevista en sus estatutos y normas y cómo las supuestas faltas provocan que deba adoptarse una medida tan drástica como la expulsión*", omisión argumentativa que vulnera el debido proceso.

Al respecto es importante tener presente la jurisprudencia sentada por la Corte.

Constitucional de Colombia mediante sentencia T-552/2003, que entre otras cosas señalo que el principio de legalidad importa tanto materia sustantiva como adjetiva es decir que la facultad del ejercicio jurisdiccional encuentra su garantía en la preexistencia de normas que revistan ambos caracteres.

Sin embargo bajo el principio de oralidad que rige en materia de justicia indígena originaria campesina, existe la necesidad de una "reconceptualizacion" que excluye la condición de presentar compilaciones en materia sustantiva como adjetiva. No obstante también queda claro que el sistema normativo tradicional de la justicia indígena no puede ser contrario a los derechos fundamentales que reconoce la constitución entre los que se encuentra el principio de legalidad, con los alcances antes mencionados.

Ahora bien este principio de legalidad en el ámbito de la justicia indígena debe ser entendido en el marco fundamental de asegurar la "previsibilidad" atendiendo la especificidad de la organización social y política de la comunidad y los caracteres de su ordenamiento jurídico. Sin embargo esto no implica llegar a la arbitrariedad

3 Dicha ley No. 073 se promulgó en fecha 29 de diciembre de 2010.

La discrecionalidad judicial y la sanción.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 23 - 29

absoluta y "que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado y con fundamento a las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social" recordando que el núcleo esencial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.

Análisis del que se desprende que si bien la justicia indígena tiene cierto margen de discrecionalidad por su especificidad cultural sin embargo la misma a tiempo de ejercer su potestad jurisdiccional llámese imponer una sanción, debe cumplir con el debido proceso en su vertiente de fundamentación en los márgenes de previsibilidad referidos, evitando ingresar en la arbitrariedad.

IV. CONCLUSIONES:

Del análisis precedente concluimos, que es una línea muy fina la que divide a la discrecionalidad de la arbitrariedad, esta última debe ser evitada a fin de no afectar a los ciudadanos que serán a quienes se dirige las determinaciones asumidas por la autoridad siendo la única forma de evitar esta discrecionalidad la fundamentación y argumentación legal de las autoridades en las determinaciones asumidas. Más aún cuando la norma sobre todo en el ámbito indígena es abierta y pasible de que la autoridad pueda discrecionalmente tomar determinaciones en base a los parámetros generales de la norma, como se evidencia en la imposición de una sanción ante la comisión de una falta-asunto- de ahí considero que:

1.- La norma da la posibilidad a las autoridades judiciales, para que estas tomen determinaciones con un grado de discrecionalidad ante la existencia de normas vagas e indeterminadas debiendo admitirse en materia indígena cierto margen de apreciación cultural.

2.- La discrecionalidad tiene como límite la arbitrariedad, que solo se puede materializar en el marco establecido por ley o norma indígena sin vulnerar la certeza jurídica y el principio de legalidad pues un indígena también requiere cierto grado de certeza en la sanción.

3.- Que, uno de los instrumentos para evitar la arbitrariedad en la imposición de la sanción es la fundamentación conforme a prescripciones establecidas en la ley, principios, normas tradicionales, practicas usos y costumbres, observando el núcleo esencial de los derechos esenciales reconocidos en nuestra constitución

V. BIBLIOGRAFÍA

· KELSEN, Hans; Teoría Pura del Derecho, Editorial Unión Ltda., Santafé de Bogotá D.C., Colombia.

· NINO, Carlos Santiago; Ocho lecciones sobre ética y derecho, Editorial Siglo Veintiuno, Argentina, 2013.

· BERNAL, Pulido Carlos; El Derecho de los Derechos, Editorial Printed in Colombia, 2005.

· RODRIGUEZ, Cesar; La decisión Judicial – El Debate Hart&Dworkin, Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, 1997.

· Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.