

Aproximaciones a la incompletitud e incoherencia del Sistema jurídico. un problema de prescripciones y discrecionalidad analizados desde el ordenamiento jurídico peruano

Approaches to the incompleteness and incoherence of the legal system.
A problem of prescriptions and discretion analyzed from the peruvian legal system

URBINA QUIÑONES, Milton César(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática del Derecho como sistema normativo. 2.1. La laguna normativa y el ideal de completitud en el derecho. 2.2. La antinomia y el ideal de coherencia en el derecho. III. La decisión judicial y el ámbito de discrecionalidad. 3.1. Las soluciones normativas frente a la antinomia. 3.2. Las soluciones normativas frente a la laguna normativa. 3.3. Las zonas de discrecionalidad judicial. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en ciencias con mención en Derecho Constitucional y DD.HH. por la Universidad Nacional de Cajamarca. Aspirante al Título de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente invitado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio del Estudio Jurídico Centro de Defensa de Derechos Fundamentales. Contacto: curbinaq@unc.edu.pe.

Resumen: El autor explora la problemática sobre la incompletitud e incoherencia del sistema jurídico a partir de los planteamientos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, sosteniendo la tesis de que los métodos de solución para afrontar estos problemas deben obtenerse desde las propias prescripciones del ordenamiento jurídico vigente y que, en su ausencia, el operador jurídico cuenta con un marco de discrecionalidad para su decisión.

Para ilustrar su propuesta, el autor expone sistemáticamente las soluciones que aporta el ordenamiento jurídico peruano.

Palabras Clave: Sistema jurídico / incompletitud / incoherencia / laguna normativa / antinomia / discrecionalidad judicial.

Keywords: *Legal system. Incompleteness. Incoherence. Lagoon of law. Antinomy. judicial discretion.*

I. Introducción

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sabido recoger, incluso con rango constitucional, el principio de inexcusabilidad como prescripción a los jueces de resolver todos los casos que les sometan a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia (Alchourrón, 2000, p. 13).

La problemática en torno a la incompletitud e incoherencia del sistema jurídico se hace latente frente a esta exigencia; sin embargo, la alegación sobre la ausencia o contradicción *in abstracto* de normas conformantes del sistema jurídico no es válida para dejar de resolver casos que se presenten en la realidad y que requieran de la intervención del derecho para su solución.

El ordenamiento jurídico peruano no es ajeno a esta realidad y prescribe en el artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

En ese sentido, el presente trabajo busca exponer desde un ámbito doctrinario la problemática sobre las propiedades de completitud y coherencia de los sistemas jurídicos, aterrizando en propuestas de soluciones ejemplificadas desde las prescripciones de las fuentes normativas o formas normativas del ordenamiento jurídico peruano⁽¹⁾.

(1) Cfr. STC Exp. 00047-2004-AI/TC.

II. Problemática del derecho como sistema normativo

Los sistemas normativos se conceptualizan a partir de la correlación deductiva entre un universo de casos con sus respectivas soluciones; es decir, que «del conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un caso, se deduce el enunciado de una solución» (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 83).

Esta misma idea de sistema normativo (como categoría genérica) aplica a la de sistema jurídico (como categoría específica); sin embargo, este último tiene la particularidad de que en él coexisten normas cuya consecuencia es una sanción, pero también está integrado por normas no independientes (normas que en su estructura lógico deductiva no acarrear sanción), siendo que ambas son consideradas normas jurídicas. En ese sentido, la sanción es un rasgo definitorio de los sistemas jurídicos, pero no de cada una de sus normas (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 98).

Comprender al sistema jurídico en términos de un sistema normativo supone atribuirle las propiedades formales de estos últimos, referidos a su completitud y coherencia, atendiendo al hecho de que ambas son ideales racionales (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 94), la búsqueda de sistemas perfectos que en la práctica se construyen como aspiraciones y no como una realidad.

2.1. La laguna normativa y el ideal de completitud en el derecho

La completitud exige que para todo caso exista una solución prevista en el sistema, dicho de otro modo, que el sistema carezca de lagunas⁽²⁾. Cuando un caso jurídicamente relevante no encuentra solución en alguna norma del sistema, se dice que ese caso constituye una laguna normativa y, por lo tanto, el sistema ya no es completo.

El positivismo jurídico clásico aborda la problemática de la laguna normativa proponiendo una *regla de clausura* para el sistema, establecida como una *regla de permisión*, esto es afirmando que todo aquello no estatuido como una obligación para el individuo se encuentra permitido⁽³⁾ (Kelsen, 1982, p. 255).

(2) Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, expresan esta concepción en términos de la lógica de relaciones: «Un conjunto normativo α es completo con relación a UC_i y US_{max_j} si, y sólo si, el dominio de R (αUC_i y US_{max_j}) es idéntico con UC_i .

El concepto de laguna normativa puede definirse como sigue: x es una laguna normativa de α con relación a UC_i y US_{max_j} si, y sólo si, x es un elemento de UC_i y no pertenece al dominio de R (αUC_i y US_{max_j})» (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 92).

(3) El Tribunal Constitucional peruano considera dos reglas de cierre para garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico: a) una regla permisiva de exclusión para los

El carácter supletorio de las reglas de clausura les confiere una connotación secundaria respecto de las demás normas del sistema, pues opera únicamente cuando se ha comprobado que no existen normas ordinarias de las que se puedan inferir una solución para el caso en cuestión; pero además tiene una doble exigencia: a) debe clausurar el sistema, es decir convertirlo en un sistema completo una vez incorporada la regla de clausura, y b) tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir no generar contradicciones en las soluciones al caso en cuestión una vez incorporada la regla de clausura (Ratti, 2013, p. 290). Esto encierra un problema inicial, porque involucra que el aplicador emplee la regla de clausura cuando realmente no existe una solución en el sistema y no cuando no ha advertido la solución por no encontrarla, haciendo difícil determinar la ocasión para su aplicación (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 193).

Por otro lado, se advierte que las reglas de clausura están diseñadas —como reglas de cierre absoluto— para sistemas normativos categóricos, pero no para sistemas normativos hipotéticos como lo es el derecho⁽⁴⁾. Ello es así porque solo van a clausurar un universo de casos relevantes del sistema, más no todo el universo de casos (Alchourrón & Bulygin, 2012, pp. 195-196), porque aún subsistirán casos con ciertas condiciones no exigibles a los casos que han sido solucionados con la regla de cierre (casos menos finitos) y respecto de los cuales —incluso— se pueden generar contradicciones si se les aplicara dicha regla. Solo se trataría entonces de una clausura relativa y no absoluta, pues «no hay regla de clausura de un sistema normativo hipotético que no cree contradicciones que no estaban presentes en el seno del sistema normativo antes de la promulgación de tal regla» (Ratti, 2013, p. 291).

Por otro lado, las llamadas *reglas de enlace* tampoco parecen solucionar el problema, porque si bien surgen como una expectativa de aseguramiento de la

ciudadanos, en los términos prescritos por el artículo 2.24.a de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande ni impedido de hacer lo que no prohíbe; y, por otro lado, b) una regla prohibitiva de competencia circunscrita para los funcionarios con poder de decisión, los cuales solo pueden actuar conforme a sus atribuciones legalmente establecidas y en ausencia de norma están prohibidos de actuar conforme a la conducta no regulada (*STC Exp. 00047-2004-AI/TC*, f. j. 67).

- (4) Se entiende por normas categóricas a aquellas que no implican condiciones en su aplicación, mientras las normas hipotéticas son aquellas que requieren del cumplimiento de ciertas condiciones para ser aplicables. Para una noción más completa sobre la distinción entre normas categóricas e hipotéticas, así como de la correspondencia de la norma jurídica como norma hipotética, se recomienda revisar: (Kelsen, 1994, pp. 36-38).

plenitud jurídica, no significan un caso de laguna normativa. Las reglas de enlace son normas que permiten conectar el sistema jurídico para autocompletarlo, comprendiéndolo como un todo orgánico que requiere de normas referenciadas para colmar supuestos no previstos⁽⁵⁾. Este es el caso del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que prescribe la aplicación supletoria de dicho cuerpo normativo a todo el ordenamiento. Sin embargo, estas no suponen un real caso de laguna normativa, pues ya hay normas previstas (v.gr. las remitidas) para colmar el supuesto —aparentemente— no previsto; pero, sobre todo, tampoco son garantía para la regulación de toda conducta humana en un universo de casos integrante del sistema.

Queda claro, entonces, que no es posible admitir la idea de un sistema jurídico completo, por lo menos en cuanto al establecimiento de reglas (estructuralmente hablando) se refiere, siendo hasta ilusorio pensar en un sistema así creado por el legislador (Ratti, 2013, pp. 213-214). Empero, reconocer la existencia de lagunas normativas solo agota una labor descriptiva sin aportar a su solución.

Inicialmente, se debe asumir que para superar una laguna normativa es necesario ampliar el sistema normativo, incorporar una nueva norma que resuelva el caso no previsto, aunque —como veremos más adelante— el método para hacerlo pueda variar según las particularidades de cada caso y, sobre todo, las condiciones establecidas por el propio ordenamiento jurídico⁽⁶⁾.

2.2. La antinomia y el ideal de coherencia en el derecho

La coherencia del sistema exige que no existan dos o más soluciones contrarias entre sí respecto de un mismo caso⁽⁷⁾. Cuando un caso jurídicamente relevante tiene dos o más soluciones contradictorias entre sí dentro

(5) *STC Exp. 00047-2004-AI/TC*, f. j. 67.

(6) «No hay otra forma de superar una laguna normativa que no sea ampliando el sistema normativo, incorporando una nueva norma para resolver el caso no previsto. Muchos razonamientos ampliamente conocidos proveen diferentes formas para llenar la laguna del modo más armonioso con las restantes partes de un sistema jurídico. A veces un razonamiento por analogía o a contrario resulta el más adecuado. Otras veces apelar a un principio general del derecho o a la finalidad perseguida por la ley o a la intención del legislador puede proporcionar una salida más satisfactoria para salvar la dificultad» (Alchourrón, 2000, p. 19).

(7) Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, expresan esta concepción en términos de la lógica de relaciones: «(...) un sistema normativo α es *incoherente* en un caso C_i de un UCj si α correlaciona C_i de tal manera con dos o más soluciones, que la conjunción de esas soluciones es una contradicción deóntica» (Alchourrón & Bulygin, 2012, pp. 92-93).

del sistema, se dice que ese caso constituye una antinomia y, por lo tanto, el sistema ya no es coherente.

La antinomia surge, entonces, cuando una norma determina una conducta como debida, mientras otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera; siendo que la validez de una se condiciona a la de la otra, pues una consecuencia jurídica no puede ser y no ser al mismo tiempo, situación que ha de ser resuelta en vías de interpretación (Kelsen, 1982, pp. 214-215).

El razonamiento subsuntivo frente a escenarios de antinomia, prevé la aplicación de meta-reglas, tales como: a) la regla de jerarquía, b) la regla de temporalidad, o c) la regla de especialidad⁽⁸⁾.

Para Hans Kelsen (1982), no existe un conflicto como tal entre normas de distinta jerarquía, pues, como consecuencia de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, la norma de nivel inferior siempre tendrá en la norma superior a su fundamento de validez (p. 217). Lo cierto es que al presentarse en la práctica dos posibles soluciones frente a un mismo caso, la inaplicación de la norma de inferior jerarquía represente la solución a conflicto normativo.

Por otra parte, señala que, al tratarse de normas de igual jerarquía promulgadas en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la anterior, bajo el tópico *lex posterior derogat priori* (Kelsen, 1982, 215).

Aunque las contradicciones entre normas de carácter individual (normas establecidas por decisiones judiciales) no escapen al tratamiento kelseniano sobre los conflictos normativos, para efectos de este trabajo no nos pronunciaremos sobre ellas, toda vez que el mismo tiene por finalidad brindar una explicación desde las fuentes normativas.

III. La decisión judicial y el ámbito de discrecionalidad

Acudir al orden normativo vigente para solucionar problemas del propio sistema normativo parecería una contradicción; sin embargo, esto no es más que

(8) «(...) siempre es posible que haya otra norma que resulte aplicable y prevea una solución distinta. Si este es el caso, surge una cuestión previa. La respuesta a esta cuestión podría ser resuelta por medio de la ponderación, pero no es ese el caso. Usualmente, resultan aplicables meta-reglas, como: *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. A efectos de llegarse a una solución, debe realizarse una segunda subsunción sobre la base de una meta-regla. Se puede llamar a esta segunda subsunción: 'metasubsunción'» (Alexy, 2009, pp. 40 y ss).

la reafirmación del ideal racional de completitud del sistema, buscando su auto-suficiencia aún en escenarios de incoherencia o incompletitud.

Los ideales de igualdad y seguridad jurídica que subyacen al racionalismo positivista procuran, pues, que las soluciones a casos jurídicamente relevantes no se sometan —por lo menos *prima facie*— al libre albedrío de los operadores jurídicos, sino que respondan a parámetros objetivos que los garanticen, buscando reducir la discrecionalidad a su mínima expresión. Esto ha permitido que ordenamientos jurídicos como el peruano prevean normas (siguiendo a Robert Alexy: meta-reglas) para solucionar problemas sobre la aplicación de normas.

En este apartado se recogerán preliminarmente las soluciones que brinda el ordenamiento jurídico peruano a los problemas de antinomias y lagunas normativas, para posteriormente argumentar desde la discrecionalidad como solución frente a la imposibilidad de solucionar estos problemas con los mecanismos normativamente prescritos.

Sin perjuicio de aquello, se debe realizar una necesaria aclaración conceptual. Cuando el artículo 139. 8 de la Constitución Política del Perú establece el principio de inexcusabilidad de la jurisdicción, hace referencia a que el *vacío o deficiencia de la ley* no justifica dejar de administrar justicia frente a un caso jurídicamente relevante. En similar sentido el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil prescribe: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (...)». Así también el artículo X del Título Preliminar del Código Civil establece: «La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación (...)»⁽⁹⁾.

La falta de técnica legislativa es evidente. Mientras la Constitución sostiene la idea de vacío o deficiente de la ley, el Código Civil emplea los términos defecto o deficiencia y, luego, vacíos o defectos. Al respecto cabe precisar que, a efectos de esta investigación, entendemos que el *telos* de las disposiciones normativas citadas se corresponde con la idea de vacío como sinónimo de laguna normativa y

(9) En adelante haremos referencias tanto a normas contenidas en la Constitución como en el Código Civil, la primera por la obviedad de su posición primada dentro del sistema de fuentes del derecho; pero, las segundas por su vocación de supletoriedad dotadas por el mandato normativo contenido en el artículo IX del Título Preliminar: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

el de defecto o deficiencia como referencia a problemas del lenguaje normativo (v.gr. laguna de reconocimiento o laguna axiológica) o problemas en la coherencia del ordenamiento (v.gr. antinomia)⁽¹⁰⁾.

3.1. Las soluciones normativas frente a la antinomia

3.1.1. La meta-regla de jerarquía

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece la meta-regla de solución de antinomia por jerarquía dentro del ordenamiento jurídico peruano, cuando en su segundo párrafo prescribe que: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

Aunque este enunciado normativo haga referencia a lo que en doctrina se conoce como la facultad del control difuso de constitucionalidad e —incluso— remita a la idea del principio de supremacía constitucional, lo cierto es que en dicho enunciado se prescribe inicialmente una regla bajo la siguiente estructura:

N₁

S₁: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal.*

C₁: *Los jueces están obligados a aplicar la norma constitucional.*

La segunda norma que se desprende de una interpretación literal de la disposición citada tendría la siguiente estructura:

N₂

S₂: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre una norma legal y una norma de inferior jerarquía.*

C₂: *Los jueces están obligados a aplicar la norma legal.*

A efectos de establecer una lectura interpretativa genérica, señalando una norma con carácter de meta-regla, se puede establecer la siguiente estructura:

(10) Vale reiterar que este trabajo pretende ocuparse solo de la laguna normativa y de la antinomia como fenómenos que afectan la completitud y la coherencia del sistema normativo, respectivamente.

N

S: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre una norma superior y otra de inferior jerarquía.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar la norma jerárquicamente superior.*

La solución a una antinomia entre normas de distinta jerarquía se soluciona desde el ordenamiento jurídico con esta meta-regla de jerarquía.

3.1.2. La meta-regla de temporalidad

El artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece la meta-regla de solución de antinomia por temporalidad dentro del ordenamiento jurídico peruano, cuando prescribe que:

La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la solución de antinomias por temporalidad se rige por los siguientes principios para la solución de antinomias: a) principio de plazo de validez, y b) principio de posterioridad⁽¹¹⁾. Si bien la intención del tribunal es enunciar «principios» y no meta-reglas, como aquí se está proponiendo, es inevitable advertir que del enunciado normativo citado se pueden colegir normas con la estructura de reglas que brinden una solución determinada a la antinomia expuesta. Sin embargo, antes de estructurar nuestra meta-regla debemos analizar el enunciado normativo en relación a la antinomia propuesta.

La antinomia por temporalidad implica que dos normas válidas, pero de la misma jerarquía y promulgadas en distintos períodos de tiempo, dispongan soluciones incompatibles para un mismo caso del sistema. Es decir, no supone que la norma haya perdido su validez por derogación o declaración de inconstitucionalidad, porque en estos casos la norma simplemente no existiría, perdiendo sus efectos incluida su potencialidad para generar antinomia.

(11) STC Exp. 00047-2004-AI/TC, f. j. 54.

La lectura interpretativa requiere entonces de una disposición normativa adicional. El artículo I del Título Preliminar del Código Civil, en su párrafo segundo establece lo siguiente: «La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla».

El texto normativo del Código Civil complementa al texto constitucional precitado en tanto coadyuva a ampliar el significado de derogación a los siguientes supuestos: (i) la derogación expresa, (ii) la derogación tácita por incompatibilidad con una norma posterior, y (iii) la derogación tácita por regulación íntegra de una ley posterior sin que esto último suponga necesariamente incompatibilidad.

Queda claro que si la derogación *strictu sensu*, al igual que la declaración de inconstitucionalidad, afecta tanto a la validez como a la vigencia de la norma, la derogación tácita no afecta su validez ni su vigencia pues el precepto constitucional manda que la ley solo se puede derogar por otra semejante y, consecuentemente, solo pierda eficacia por su falta de aplicación al representar una situación antinómica (ii) o al haber caído en desuso (iii).

De lo dicho hasta aquí se colige que la situación antinómica ha sido regulada en el supuesto (ii), razón por la cual la estructura normativa a desarrollar para la meta-regla de temporalidad es la siguiente:

N

S: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre normas de igual jerarquía, donde una es temporalmente posterior a la otra.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar la norma temporalmente posterior.*

El supuesto (iii) no implica una situación antinómica porque se entienden que no existe incompatibilidad en la regulación, sino desuso de la norma anterior porque los mismos supuestos y consecuencias ya fueron regulados por una norma posterior. En caso hubiera incompatibilidad el supuesto es el (ii) y se aplica la meta-regla de temporalidad.

3.1.3. La meta-regla de especialidad

Aunque siguiendo la línea argumentativa de las anteriores meta-reglas se pueda estructurar de forma semejante a la meta-regla de especialidad, hay que advertir antes serios cuestionamientos.

El criterio de especialidad puede resultar contradictorio respecto del criterio de jerarquía y del de temporalidad. El propio TC nos lleva a esta inferencia al sostener que:

(...) cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alter natives, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico. En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis non derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial)⁽¹²⁾.

Esta lectura nos hace pensar razonablemente que el supuesto para la aplicación de la meta-regla de especialidad se configura cuando no ha podido ser aplicable el criterio de jerarquía ni el de temporalidad. Esto es, cuando se trate de un conflicto normativo entre normas de igual jerarquía y promulgados en el mismo estadio temporal, teniendo la siguiente estructura:

N

S: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre normas de igual jerarquía y promulgadas en el mismo estadio temporal, donde una tiene una regulación especial del caso y otra una regulación genérica.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar la norma con la regulación especial.*

Aplicar el criterio de especialidad en detrimento de la jerarquía normativa, tal como lo sugiere el TC, significaría trastocar la propia definición de ordenamiento jurídico y de validez normativa. De igual modo, hacerlo en detrimento del criterio de temporalidad supone afectar el precepto legal sobre la producción de derogación por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior.

Admitir entonces que es posible la aplicación de la meta-regla de especialidad en contra del criterio de jerarquía y temporalidad, implica contrariar el propio *telos* de las meta-reglas que es ordenar los conflictos normativos y, en su lugar, generar nuevos conflictos, acentuando la incoherencia del sistema normativo.

Pero además existe un argumento autoritativo para tomar al criterio de especialidad como un criterio subsidiario, y es que este, a diferencia de los ante-

(12) *Ibidem*.

riores, no tiene expresa regulación constitucional ni complementación legal. El TC insiste en que el sustento normativo para este criterio se encuentra en el artículo 139.8 de la Constitución Política y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil; no obstante, en estos textos normativos no se hace referencia alguna a este criterio, como sí ocurre con el de jerarquía y temporalidad, sino al principio de inexcusabilidad de la jurisdicción, por lo que al no tener sustento normativo, se ubica en una solución no prescriptiva del ordenamiento jurídico peruano⁽¹³⁾ y en el margen de la discrecionalidad del juzgador.

3.2 Las soluciones normativas frente a la laguna normativa

3.2.1. La analogía

La analogía en el derecho se constituye como una forma de argumento jurídico especial que parte de la aplicación de formas de inferencia lógica de validez general (Alexy, 1997, p. 268). El razonamiento analógico es un tipo de razonamiento inductivo que parte de la identificación de propiedades semejantes entre un caso regulado en el universo de casos del sistema y un caso jurídicamente relevante que no es parte de este universo, con el fin de aplicarle a este último la solución prevista para el caso regulado.

La justificación de aquellas propiedades semejantes entre el caso regulado y que no lo está se corresponde con el principio lógico de universalidad o de igualdad, por el cual a casos semejantes les corresponden consecuencias semejantes; siendo lo complicado —precisamente— justificar la semejanza de propiedades entre los casos a pretendidos como análogos, lo que supone la valoración del intérprete (Alexy, 1997, pp. 269-270).

Aunque normativamente hablando, no exista en el ordenamiento jurídico peruano un mandato para la aplicación de la analogía, sí existen normas prohibitivas sobre su aplicación que permiten inferir la existencia de una norma subyacente genérica sobre su aplicación.

Este es el caso del art. 139.9 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos». También el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente: «La ley que establece excepciones o restringe derechos no

(13) Esta meta-regla de especialidad ha sido desarrollada en este apartado por razones de coherencia narrativa y sistematicidad.

se aplica por analogía».

De estas disposiciones normativas se puede colegir una norma genérica con la siguiente estructura reglamentaria:

N

S: *Si en un proceso existe una laguna normativa.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar analogía.*

Pero aquella norma es subyacente a las disposiciones normativas, las cuales tienen normas bastante identificables y claras que sirven como límite al razonamiento analógico dentro del ordenamiento jurídico peruano. Así pues, para el caso de la disposición constitucional (139.9) se estructura las siguientes reglas:

N₁

S₁: *Si en un proceso existe una laguna normativa de naturaleza penal.*

C₁: *Los jueces están prohibidos de aplicar analogía.*

N₂

S₂: *Si en un proceso existe una laguna normativa.*

C₂: *Los jueces están prohibidos de aplicar analogía cuando la consecuencia de la norma análoga restrinja derechos.*

Para el caso de la disposición del Código Civil (IV) se estructura también la regla con el S₂ y la C₂, previstos por la norma constitucional; sin embargo, adiciona la siguiente:

N₃

S₃: *Si en un proceso existe una laguna normativa.*

C₃: *Los jueces están prohibidos de aplicar analogía cuando la consecuencia de la norma análoga establezca excepciones.*

Es seguro que la lectura de las disposiciones normativas precitadas establece excepciones a la aplicación de la analogía (N₁, N₂ y N₃), las cuales solo pueden seguirse si se considera una norma genérica para su aplicación (N). Con

ello, implícitamente, el propio ordenamiento jurídico habría prescrito un mandato para la aplicación de la analogía en casos de lagunas normativas.

Hasta aquí se habría justificado la aplicación de la analogía como un supuesto previsto en el ordenamiento jurídico para solucionar casos de lagunas normativas; no obstante, esto no soluciona cómo establecer las propiedades semejantes entre el caso regulado y el caso no regulado, o por lo menos no se advierte ello del contenido normativo analizado. Al respecto, se generaría, entonces, un nuevo ámbito de discrecionalidad para el juzgador.

3.2.2. *La integración*

La sola idea de integración supone enfrentar el problema de la laguna normativa, buscando colmar el vacío que ella provoca. En esa perspectiva, la analogía es una forma de integración que acude al propio sistema normativo (v.gr. norma análoga) para su solución. Por esa razón este trabajo ha tratado a la analogía en un apartado diferente.

Otras formas de integración son dadas por el propio enunciado del 139.8 de la Constitución Política del Perú, cuando prescribe que en casos de vacío o deficiencia de la ley se deben aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Esto es parcialmente reproducido por el artículo VIII del Código Civil que establece como medios de integración la aplicación de los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

La referencia al derecho consuetudinario quizás sea la que menos problemas genere, en la medida de que siempre es posible establecer sistemas normativos en el orden de la costumbre, semejantes al sistema jurídico de normas promulgadas.

El problema realmente complicado aparece cuando la integración no es factible de concretarse por medio de la analogía, ni tampoco nos encontramos ante un sistema jurídico consuetudinario que permita resolver la laguna normativa. Es entonces cuando el ordenamiento jurídico remite a la aplicación de principios (v.gr. principios generales del derecho), lo que de por sí representa un serio problema, porque normativamente no se ha definido: ¿qué es un principio general del derecho?, ¿qué principios generales del derecho existen? Normativamente hablando, podemos identificar cuándo aplicar estos principios, pero no tenemos claro cómo operan, esto —definitivamente— es otro ámbito de discrecionalidad para el juzgador y supone una valoración.

3.3. Las zonas de discrecionalidad judicial

Pretender realizar una lista cerrada sobre las zonas de discrecionalidad judicial no es motivo de este trabajo y se entiende que la propia dinámica del derecho hace idílica esta labor; sin embargo, se ha querido demostrar que aun cuando el sistema jurídico se prepara con contingentes normativos para afrontar sus problemas de incompletitud e incoherencia, subsistirán zonas dejadas a la discreción del juzgador.

La primera de estas zonas se produce en el problema de antinomia, cuando se pretende aplicar el criterio de especialidad y aunque esta es una meta-regla con amplio desarrollo doctrinario e incluso jurisprudencial, lo cierto es que —como se analizó *ut supra*— no tiene sustento normativo, quedando a valoración del intérprete su aplicación en casos donde no es posible acudir a las meta-reglas de jerarquía o temporalidad. Pero, si se complica más el asunto ¿qué ocurriría si además de dos normas jerárquica y temporalmente idénticas, pero con consecuencias incompatibles, se tiene que estas también son especialmente idénticas?

La imposibilidad de aplicación de meta-reglas para resolver conflictos normativos se asocia a la idea de conflicto entre normas con estructura de principios, lo que es usual en el ámbito de la interpretación constitucional, sobre todo en materia de derechos. Los derechos fundamentales son concebidos como *principios prima facie* y, como tales, no son aplicables mediante subsunción sino por su optimización en cada caso concreto. La doctrina y la jurisprudencia han propuesto a la ponderación o principio de proporcionalidad como técnica argumentativa capaz de resolver —aparentes— conflictos entre derechos fundamentales⁽¹⁴⁾, sin que ello responda a una exigencia normativa propia del ordenamiento jurídico, acercándose entonces a un ámbito de discrecionalidad judicial, buscando una respuesta racional claro está, pero discrecional al fin de cuentas.

La propia aplicación de la analogía representa también una zona de discrecionalidad judicial, y no por la estructura de inferencia lógica que esta contiene, pues ahí habría un parámetro objetivo de solución, sino por la justificación de las premisas que esa estructura lógica requiere. Determinar la justificación de las propiedades semejantes entre el caso regulado y el caso no regulado es un ejercicio de valoración del intérprete, cuya solución no se encuentra en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, representa una zona de discrecionalidad judicial.

(14) Cfr. *STC Exp. N.º 00016-2002-AI/TC*; *STC Exp. N.º 00008-2003-AI/TC*; *STC Exp. N.º 00048-2004-AI/TC*.

Pero, volviendo a complicar el asunto, ¿qué ocurría frente a la imposibilidad de aplicación del argumento analógico?

El ordenamiento jurídico pone a disposición la integración por medio de los principios generales del derecho (no referiremos a la integración a través del derecho consuetudinario por las razones expuestas *ut supra*). Pero, su sola indeterminación ya supone otra zona de discrecionalidad judicial.

IV. Conclusiones

1. La aspiración racional de completitud hace que el propio sistema jurídico busque su autosuficiencia, afrontando sus problemas de incompletitud e incoherencia, regulando soluciones normativas para ellos (v.gr. meta-reglas, integración y analogía).
2. Aceptar la incompletitud de los sistemas jurídicos supone aceptar que, pese a los esfuerzos por hacerlos autosuficientes, siempre existirán zonas reservadas a la discrecionalidad del juzgador.
3. La jurisprudencia juega un rol unificador para las zonas de discrecionalidad judicial, pues apelando al argumento autoritativo puede establecer soluciones racionales para ellas, eliminando así el riesgo que representa adoptar decisiones judiciales fuera del ordenamiento jurídico.

V. Lista de referencias

- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (2.^a ed.) Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ALCHOURRÓN, C. (2000). *Sobre derecho y lógica*. *Isonomía* (13), 11-33.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza & I. Espejo, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2009). *Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural*. *Foro jurídico* (9), 40-48.
- KELSEN, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.) México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1994). *Teoría general de las normas*. México D.F.: Editorial Trillas.

RATTI, G. B. (2013). *El gobierno de las normas*. (Luque Sánchez, P. & Moreno Cruz, D., Eds.) Madrid: Marcial Pons.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *STC Exp. 00008-2003-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *STC Exp. 00016-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *STC Exp. 00048-2004-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *STC Exp. 00047-2004-AI/TC*.