



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Académica Profesional de Derecho

**Discreción judicial y creación del derecho: elementos
para una crítica de la tesis iuspositivista de la plenitud
del Derecho en el marco de una teoría sistémica**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Luis Ricardo Valderrama Valderrama

ASESOR

Víctor Raúl SAMAMÉ MORANTE

Lima, Perú

2012

RESUMEN

La presente tesis tiene como finalidad principal desentrañar, sometiendo a una aguda crítica, las raíces filosóficas presentes en la postulación de la tesis positivista de la plenitud del Derecho, sus consecuencias prácticas y su compatibilidad con la configuración de un Estado social y democrático de Derecho. En ese sentido, salimos a la defensa de la existencia de un gran nivel de incertidumbre en el Derecho, lo cual justifica el desarrollo de operaciones de creación del Derecho en el marco de la discreción judicial.

Para dar una respuesta satisfactoria, en el primer capítulo, se pretende establecer las premisas del paradigma —término usado de conformidad al enfoque epistemológico de Thomas KUHN— iuspositivista cuyo predominio teórico ha tenido relación directa con el postulado de la plenitud jurídica. En el mismo capítulo se ofrece un renovado marco comprensivo del rol sistemático que debe detentar toda teoría jurídica contemporánea con aspiraciones a convertirse en un discurso científico, asumiendo como reto la «construcción» de un modelo de Sistema jurídico consistente y útil para enfoques multidisciplinarios y transdisciplinarios. De ese modo, nos apoyamos en los instrumentos teóricos ofrecidos por el enfoque holístico más elaborado —es decir, en la versión de la Sistémica—, en la medida que se pueda absorber la complejidad de la experiencia jurídica y proyectar un modelo sistémico que responda a los objetivos fijados en la investigación (evidentemente conectados con una postura específica sobre la naturaleza y el fundamento del Derecho).

En el segundo capítulo hemos considerado pertinente, como exposición preliminar, elaborar una taxonomía particular referida a los conceptos de incertidumbre, laguna, postulado, plenitud, unidad, entre otros, para así reducir la ambigüedad y vaguedad de los términos en cuestión. Luego, procedemos a examinar la noción de la plenitud del Derecho que tiene como antecedente directo la pretensión de certeza e integridad prevista por las constituciones imperiales de Justiniano y las elucubraciones de los estudiosos iusnaturalistas. Estas ideas servirán como alimento de las aspiraciones originadas en el Siglo de las Luces con el movimiento de la Ilustración, pasando a convertirse de esta

forma una de las premisas básicas de las teorizaciones jurídicas, siendo enunciada enfáticamente en las primeras codificaciones como dogma de la razón y producto del sentimiento democrático popular. En ese sentido, el postulado de la plenitud se posiciona dentro de un modelo hermético de sistema al afirmar que el Derecho es completo (carencia de lagunas). Así, no existe ningún caso que no pueda ser resuelto a partir de los estándares presentes en el ordenamiento, sean estos explícitos —es decir, debidamente positivizados como expresión indubitable de la voluntad del legislador— o implícitos —es decir, desentrañados, ora sistemáticamente, ora históricamente, por los dogmáticos y donde se sigue salvaguardando, aunque de forma presunta, la voluntad del legislador—. En la época contemporánea, dicha concepción ha sido propuesta a partir del “principio de clausura”, desarrollado por el jurista austriaco Hans KELSEN, dogma que ha sido abordado en el marco de una teoría pura del Derecho. A partir de la idea “todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”, pensadores representantes de las diferentes escuelas, haciendo uso de orientaciones tanto filosóficas como sociológicas para abordar adecuadamente dicho tema, han presentado defensas y objeciones relevantes a esta singular teoría. Plantear las ventajas y, principalmente, las dificultades que representa el postulado de la plenitud del Derecho no se circunscribe exclusivamente al área temática de la Hermenéutica jurídica ni al ámbito de la aplicación del Derecho, ni tampoco puede estudiarse de manera descontextualizada. Cada aportación de las investigaciones más influyentes sobre esta materia suscita la constitución, declive o reconstrucción del postulado de la plenitud, siendo de nuestro interés hacer explícito los modelos de sistematización que determinan el devenir paradigmático que sufre la tesis de la plenitud del Derecho. Se busca de esta manera analizar los métodos que buscan mantener la integridad del sistema, tanto a nivel formal (lógico) como material (axiológico), actividad operativa que desarrolla fundamentalmente el juez.

Afrontamos en el último capítulo la tarea de determinar de modo más preciso cuáles son los problemas más relevantes que toda teoría del Derecho debe abordar para responder si es posible, verificable y/o necesaria la consideración de un sistema jurídico completo y, por tanto, suficiente para resolver un universo de casos. Toda defensa o crítica de una noción sobre la plenitud del

Derecho lleva aparejada la asunción de una teoría jurídica, la cual, a su vez, implica abogar por un modelo de sistema, de racionalidad, de validez y de corrección relevante para ordenar el cúmulo de la experiencia jurídica. Algunos autores identifican el dato —la experiencia jurídica— con el modelo comprensivo de aquel —el sistema jurídico—, en virtud de la confusión categorial sobre las formas de realidad. Partimos así de la postura constructivista, el entendimiento de toda obra cultural supone un cierto nivel interpretativo de la realidad y el uso de modelos de sistematización se adecua más a los objetivos del modelizador que a la forma como está ordenado el material jurídico que se presenta de forma bruta. Por tanto, se busca demostrar que la polémica originada a nivel doctrinal sobre este acápite no carece de trascendencia práctica, toda vez que la adopción de cada uno de estos modelos teóricos determinará el derrotero del juez en el marco del proceso de integración jurídica. Los inconvenientes de acatar cierto esquema dogmático pueden ser verificados de manera directa en los argumentos esgrimidos por los jueces en el dictado de sentencias en los denominados “casos fuertes o difíciles”. Para dar un ejemplo trágico de los inconvenientes que suscitan su caracterización, nos abocaremos a relatar en la última parte ‘El Caso de los Exploradores de Cavernas’, una narración graficada soberbiamente por Lon FULLER.