



Esta obra está publicada bajo la licencia [CC BY 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

Conceptos indeterminados en el derecho sancionador de los magistrados

Indeterminate concepts in the sanctioning law

Julio Neyra^{1,*}

¹ Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de Trujillo, Av. Juan Pablo II s/n – Ciudad Universitaria, Trujillo, Perú.

* Autor correspondiente: jneyrabarrantes@gmail.com (J. Neyra).

Fecha de recepción: 28 10 2023. Fecha de aceptación: 21 11 2023.

RESUMEN

El trabajo de investigación aborda la problemática que genera el uso de términos que contienen conceptos indeterminados en los tipos infractores del derecho sancionador, se pone especial énfasis en el derecho sancionador administrativo por cuanto es en este sector de la *praxis* que con mayor frecuencia se verifican objetivamente estos fenómenos. El análisis parte del respeto al principio de legalidad material, en clave constitucional, debido a que, si bien para el legislador es adecuado el empleo de la indeterminación como técnica, ello no resulta admisible cuando se trata del derecho administrativo sancionador. La investigación propone como solución un instrumento de identificación de normas indeterminadas dentro del sistema jurídico, para poder definir si son *derrotables* (no aplicables) o no, vale decir, si merecen continuar adscritas al orden normativo o deben ser excluidas bajo los mecanismos legales vigentes.

Palabras clave: concepto indeterminado; derrotabilidad; principio de legalidad; tipo infractor.

ABSTRACT

The research work addresses the problem generated by the use of terms that have indeterminate concepts in the infringing types of sanctioning law, special emphasis is placed on the administrative sanctioning law because it is in this sector of practice that these objects are verified objectively phenomena. The analysis is based on respect for the principle of material legality, in a constitutional key, because although the use of indetermination is adequate for the constitutional legislator, the same does not apply in the sanctioning right regulated by norms with the rank of law. The investigation proposes as solution an instrument of identification of indeterminate norms within the legal system, to be able to define if they are defeasible or not, that is, if they deserve to continue ascribed to the normative order or should be excluded under the legal mechanisms in force.

Keywords: indeterminate concept; defeasibility; principle of legality; offender type.

INTRODUCCIÓN

Un magistrado (juez o fiscal) puede ser sancionado con destitución del cargo, incluso con abstención provisional (o suspensión), de acuerdo con el artículo 41 literal b. de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (2019), por: “La comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público” (Ley N° 30916, 19 de febrero); bajo los alcances de esta norma, en la práctica se constatan casos en que se destituye a los magistrados siguiendo la lógica de que toda conducta – desde el punto de vista subjetivo o desde la moral – se subsume en la norma precitada, puesto que tiene una textura abierta.

Desde su inicio esta norma establecía la destitución del cargo por “la comisión de un

hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público”. Este tipo infractor fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 26933 (Publicada el 12 de marzo de 1998) estableciendo la destitución en el siguiente supuesto: “Los magistrados del Poder Judicial y los Fiscales del Ministerio Público incurren en causal de destitución cuando cometen un hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público, siempre que hubieran sido sancionados con suspensión anteriormente”. Posteriormente, mediante Ley N° 26973 (Publicada el 11 de septiembre de 1998) se modificó el texto en la siguiente formulación: “Los magistrados del Poder Judicial y los Fiscales del Ministerio Público incurren en causal de destitución cuando cometen un hecho grave que sin ser

delito compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público (...)". Luego, por efecto de la Ley N° 27368 (Publicada el 07 de noviembre del 2000) la prescripción normativa del tipo infractor quedó redactado tal cual la citamos, sin modificación textual. Posterior a ello, se mantuvo el mismo texto del tipo infractor en el artículo 31° numeral 2° de la Ley N° 26397 (Ley Orgánica del Concejo Nacional de la Magistratura). Hasta aquí, y realizado el recorrido histórico legislativo, se advierte claramente que su estructura ha mantenido los mismos conceptos en el tipo penal "conducta grave" dignidad del cargo" y "desmerecimiento público".

Retomando la idea, veamos que ha ocurrido cuando, el Concejo Nacional de la Magistratura (desactivado y sustituido por la Junta Nacional de Justicia), ha empleado estos conceptos al momento de sancionar a los magistrados; en este sentido vemos un caso sobre celeridad procesal en los que se sancionó con destitución a tres magistrados, entre otras infracciones por haber admitido a trámite la demanda el día 28.03.2005, no obstante que esta fue ingresada el 29.03.2005, y dictar medida cautelar el 30.03.2005 dentro del proceso; de otro lado, se destituyó a un magistrado por: haber incurrido en lentitud procesal, "al no haber remitido Oficio a las autoridades respecto de un impedimento de salida del país que el mismo juez ordenó"; como se advierte ambos casos tienen un escenario de tiempo distinto: uno por celeridad y otro por lentitud, así las cosas, ello es indiferente al momento de subsumirlas en los tipos infractores, debido a que uno de esos tipos infractores incluye toda conducta sin importar sus conceptos. En el mismo orden, se destituyó a un magistrado "por haber emitido sentencia absolutoria en la fecha de juzgamiento", inobservando que dicha sentencia se notifica de acuerdo a las reglas del proceso penal sumario. Así también, un magistrado fue destituido, bajo el amparo de la misma norma, por haber emitido una sentencia penal en un proceso ordinario, luego de lo cual, la anuló para dictar otra en sentido contrario a la anterior. Como se aprecia en estos casos, el tipo infractor puede contener cualquiera de estos supuestos de hecho sin problema alguno.

Resulta importante añadir que la Constitución Política del Perú (1993) establece en su artículo 2 numeral 24 literal d. que: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Peruano (2006) no ha sido ajeno, es así que en el caso Vicente Walde Jauregui emitió la sentencia recaída en el Expediente N° 5156-2006-AA/TC, que al desarrollar el análisis normativo cuestionaba:

La remisión a estos conceptos jurídicos indeterminados comporta una exigencia mayor de motivación objetiva y coherente, si de lo que se trata es de imponer una sanción tan grave como la destitución del cargo de vocal supremo; y ello porque, a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en proporcional correlato. Motivación que, en el presente caso, a juicio del Tribunal Constitucional, no ha estado dirigida a determinar en qué medida la conducta del demandante ha afectado "la dignidad del cargo" y ha acarreado, concomitantemente, un "desmerecimiento del concepto público". Ello, sin duda, impone que el CNM desarrolle y precise el contenido y la extensión de dichos conceptos. (F.j. 49)

Como se advierte, determinada la carga de indeterminabilidad en el tipo infractor, el Tribunal Constitucional anuló las resoluciones de destitución al magistrado por haberse vulnerado el principio de legalidad y ordenó se dicte nueva resolución, además exhortó al Concejo de la Magistratura para que precise y desarrolle, en su Reglamento, la norma sancionadora que hoy ocupa la presente investigación.

Con posterioridad a esta sentencia, el Congreso de la República dictó una norma que regula la carrera judicial contenida en la Ley N° 29277 (Publicada el 07 de noviembre del 2008, con una vacatio legis de 180 días desde la publicación), en la que se estatuye como falta muy grave: "incurrir en acto u omisión que sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo previstos en la ley", (artículo 48° numeral 12°), con esta norma remisiva a los deberes del cargo, en la misma norma se establece que son deberes del cargo: "Guardar en todo momento conducta intachable" (artículo 34° numeral 17°). Como se aprecia, el legislador, ha recaído en el empleo de la misma configuración textual que había sido declarada como una vulneración al principio de legalidad. Norma vigente a la fecha.

Volvemos al caso del magistrado Vicente Walde Jauregui, el Concejo de la Magistratura dictó nueva resolución y volvió lo volvió a destituir, lo que generó un nuevo proceso de amparo, y por ende un nuevo

pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2010) en la sentencia recaída en el Expediente N° 1873-2009-PA/TC, mediante la cual señala:

En ese sentido, llama la atención que se requiera un magistrado de conducta ejemplar, sin determinarse qué es lo que se entiende por ella (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, no tener multas de tránsito, etc.), de modo que no se sabe qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Asimismo, ¿cómo se determina el desmedro de la imagen propia? (porque la prensa así lo dice, por la suma de recortes periodísticos, porque el Colegio de Abogados lo señala, porque la asociación de padres de familia del colegio de sus hijos tiene un mal concepto del magistrado, etc.). Es más, ¿cómo afecta ello al Poder Judicial? (ello puede dar lugar entonces a que cada vez que se evidencia que un juez ha afectado la imagen de aquel poder, ¿será pasible de sanción?; pero previamente, ¿cómo puede o debe afectar dicha imagen? Cabe también preguntar que en caso no se haya afectado dicha imagen, por falta de publicidad del acto incorrecto, ¿el funcionario no será sancionado?). (F.j. 44)

En este orden, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, ordenó la reposición del magistrado en el plazo de dos días, y estableció que, habiéndose determinado que no procede la sanción de destitución corresponde que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura emitidas sobre el particular sean anuladas. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional dejó establecido que cada vez que sea sometido a su consideración el examen de sanciones en aplicación de la norma que contiene conceptos indeterminados, serán anuladas. Esta es la regla constitucional.

No es materia del trabajo poner en tela de juicio la actividad institucional del Consejo Nacional de la Magistratura (desactivado) o de la Junta Nacional de Justicia, sino que a partir de casos reales, objetivos, contrastables, poder demostrar la existencia de la realidad problemática (contexto) a fin de evitar formular un trabajo de investigación en base a especulaciones o supuestos hipotéticos; y de otro lado, so pretexto de dicha actividad administrativa sancionadora, poder examinar los casos de indeterminación normativa en la materia. Tampoco serán materia del presente trabajo, los casos en que teniendo una norma clara y determinada (lex certa), el legislador establece excepciones para su aplicación, como por ejemplo la

retroactividad y la ultractividad, como expresiones del principio de favorabilidad, que revelan el carácter autopoiético de la teoría del tipo infractor.

En casos como lo que se trae al análisis resultan palmarios dos momentos marcados:

- 1) Cuando el legislador establece la prescripción normativa (indeterminada); y,
- 2) Cuando el operador agrega condiciones de aplicación de la norma, en el mismo caso, estableciendo también una prescripción normativa, pero en el momento que la aplica.

Esta realidad será abordada en el trabajo desde la perspectiva de la identificación del derecho a fin de determinar si esta práctica jurídica se ajusta a los derechos fundamentales, para plantear algunas propuestas de solución.

METODOLOGÍA

La investigación es documental, para cuyo efecto se han empleado los siguientes documentos jurídicos:

- Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano para poder verificar el enfoque que el último interprete de la Constitución Política del Estado le brinda al problema tratado.
- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para contrastar el enfoque a la indeterminación del derecho en Europa.
- La Constitución Política del Estado Peruano, que ha servido de parámetro para analizar las normas con rango de ley que contienen conceptos jurídicos indeterminados.
- La Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia y la Ley de la Carrera Judicial, que contiene las normas bajo análisis.
- Libros del Derecho Constitucional, Administrativo Sancionador peruano y español, para comparar los regímenes que se encuentran vigentes en la dogmática constitucional y administrativa.

Métodos

Exegético, que permite analizar las palabras o términos empleados por el legislador para poder extraer del texto el significado de forma literal y crítica.

Dogmático, que permite analizar las normas adscritas a un sistema jurídico bajo el parámetro de principios e instituciones jurídicas subyacentes que dotan de sentido a la norma jurídica.

Derecho Comparado, que permite identificar las soluciones que otros ordenamientos jurídicos, bajo un contexto similar, le dan al problema jurídico.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA

Los casos citados permiten ingresar al estudio de la indeterminación de las normas jurídicas en la toma de decisiones ante fenómenos que no requieren más que una solución coherente, pacífica y que no se inserte en forma desproporcional o desmedida en los ámbitos de los derechos fundamentales; para algunos autores todo el Derecho es indeterminado (tesis de la indeterminación total), vale decir, el ordenamiento jurídico es incapaz de brindar respuestas concretas a los conflictos que emergen en la sociedad, y para otros, no todo es indeterminado (tesis de la indeterminación parcial) en tanto es necesario que existan normas indeterminadas que el propio operador le vaya dotando de contenido conforme la sociedad dinamiza, como es el caso de las denominadas normas – principio, y normas que exigen claridad y certeza como el caso de las normas – regla.

En este sentido, para continuar el abordaje de la indeterminación de las normas, se partirá desde dos enfoques: 1. El texto de la norma, y 2. El fundamento de la norma. Así, se desdobra la norma; el primer enfoque permite analizar si la norma es entendida por el destinatario a partir de textura lingüística que entraña, y la segunda, permite comprender la norma a partir de las razones subyacentes; en este sentido, una persona puede entender – por ejemplo - que si posee droga e límites excesivos a los predeterminado por ley puede ser pasible de una condena penal y con ello, privado de su libertad; aunque no comprenda el impacto de su conducta en los objetos de protección de la norma, al ser un delito pluriofensivo; como se verá, habrán casos subsanables y otros que enlazarán con la derrotabilidad de las normas.

LAS NORMAS PRINCIPIO Y LAS NORMAS REGLA

Siguiendo la concepción “fuerte” de que la disociación entre principios y reglas (que es solo una forma de enfocar el ordenamiento jurídico), a nuestro juicio no se trata de una disociación a modo de la relación que llevan en forma implícita, vale decir, que un principio se encuentre “de espaldas” a una regla y de allí disociados, sin que se trata de la “disociación” en tanto funciones que cumplen las normas dentro de un ordenamiento jurídico.

Siguiendo este esquema, se abandona las tesis tradicionales de la disociación entre principios y reglas que incardinan en su origen, función o pretensiones a las cuales se

debe la antítesis de la negación del conflicto entre normas, para incorporar una visión desde el enfoque de las dimensiones que cada una cumple en el ordenamiento jurídico, a las que denomina normas primarias, y también postula como metanormas o normas de segundo grado o postulados normativos como la unidad del ordenamiento jurídico y el principio de proporcionalidad, en tal sentido, el mismo Avila (2011) concluye que:

La disociación entre las especies normativa, además de tener como hipótesis de trabajo para el proceso aplicativo, puede trabajarse en razón de su significado frontal. En este sentido, el significado preliminar de las disposiciones puede experimentar una dimensión inmediatamente conductual (regla), fin (principio) y/o metódica (postulado). Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la evaluación de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da supone y en los principios que le son axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos. Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y de parcialidad, para cuya aplicación requieren una evaluación de la correlación entre el estado de cosas que ha de promoverse y los efectos derivados de la conducta considerada como necesaria para su promoción. (p. 163)

LA INDETERMINABILIDAD DESDE LAS DISPOSICIONES Y NORMAS

Este enfoque permite también entrar en la materia, que consiste en que una disposición - que equivale al texto lingüístico - permite extraer una gran cantidad de normas las cuales son los resultados de la interpretación de la disposición, pero solo una de estas normas será que resulte aplicable al caso (posición); como se puede verificar esta concepción, del mismo modo, conlleva a la aceptación de que las normas no están previamente determinadas por el legislador, sino que son establecidas por el operador jurídico, sobre el particular, Rodríguez (2015) cita Crisafulli quien afirma que la regla es: la fórmula lingüística textual emanada de acuerdo a los modos previstos por las reglas sobre la producción del derecho. La norma, en cambio, es la regla de conducta expresada por la disposición y recabada por medio de la interpretación; es decir, representa la disposición interpretada. (p. 209)

Por su parte, Guastini (2011) afirma: Entiendo por "interpretación (jurídica)" la atribución de sentido (o significado) a un texto normativo. Llamo "texto normativo" a cualquier documento elaborado por cualquier "autoridad normativa" y por ello identificable *prima facie* como fuente del Derecho dentro de un sistema jurídico determinado. (p. 133 - 134)

En este orden, se aprecia que Guastini se aparta, con sutileza de la concepción de Crisafulli, en tanto que, mientras este último asume que el significado extraído de la interpretación literal es solo el texto de la norma y no la norma en sí; para Guastini el mismo texto ya es una norma *per se* (*prima facie*) y no una disposición; así es como Guastini aclara que resulta erróneo que no todos los enunciados de las fuentes son aptos para expresar normas. Es más Guastini (2011), rechaza la tesis de Crisafulli además porque: No serían propiamente disposiciones (normativas) las exposiciones de motivos de la leyes, las declaraciones meramente programáticas o explicativas, las fórmulas de derogación, los enunciados que reiteran normas ya vigentes (y que por lo tanto no "innovan" el Derecho objetivo: es el caso de las meras recopilaciones), así como también las prescripciones que no son generales y abstractas (es el caso de las leyes de contenido procedimental). (p. 143)

Por disposición se entiende a un enunciado, el cual puede estar constituido por la disposición completa, un fragmento de la disposición, una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de una disposición (enunciados); así, una vez fijada la disposición (o sus variantes) se extraen normas, que son el resultado de las interpretaciones que dan pie a enunciados que constituyen el sentido o significado atribuido, de allí que Guastini afirme que la disposición es (parte de) un texto por interpretar, la norma es (parte de) un texto interpretado, pero el texto una en sí – también – una norma (una interpretación literal).

Esta tesis refrenda que el solo texto normativo dado a conocer por el legislador, es susceptible de múltiples interpretaciones que se presentan ante el operador jurídico como opciones para poder decidir un caso concreto, lo que no hace sino, concretizar que el derecho extraído de sus fuentes es seguro, pero no solo está compuesto de ello, sino que además, es la interpretación la que convierte a las disposiciones compatibles con la solución al caso. Consecuentemente, aquí también se presenta al derecho como indeterminado, y por ende pasible de derrotar.

Pero es pacífico preguntarse, qué ocurre cuando los sentidos interpretativos entran en

conflicto; en dos escenarios posibles: 1. Cuando la disposición no deriva una solución clara; y 2. Cuando a pesar de que deriva una solución existe duda sobre su aplicación al caso (Rodríguez, 2015).

Ejemplificando el primer caso, el Código Procesal Penal establece que en caso de que el acusado se niegue a declarar en el juicio oral se leerán sus declaraciones realizadas con anterioridad, así las cosas, un acusado se niega a declarar en el juicio oral aludiendo su derecho a no autoincriminarse, entonces si se procede a leer sus declaraciones se ¿nulifica el proceso?; las normas no establecen la nulidad por esta causa, pero sí se vulneraría el debido proceso si se lleva a cabo una actuación de espaldas a la no autoincriminación, entonces la norma de la lectura de declaraciones previas en caso de silencio, o debe aplicarse o es derrotable; la solución normativa no es clara.

Sobre el segundo aspecto plantearemos como ejemplo el caso del funcionario público que se niega a publicar la relación de sus bienes y rentas en el Diario o Boletín Oficial, y para ello ha interpuesto un proceso de amparo por vulnerar su seguridad personal y patrimonial, argumentando que producto de su publicación resulta real e inminente que será materia de extorsiones, asaltos, seguimientos o reglajes y de atentados contra su integridad personal y la de su familia, como ya ha venido ocurriendo con otros funcionarios públicos, sin dejar de tener en cuenta el alto índice de delincuencia de índole patrimonial que aqueja a la sociedad en su conjunto. Dentro del derecho encontramos la disposición establecida por los órganos contralores, por demás clara y expresa, que establece la obligación de todos los funcionarios públicos de publicitar sus bienes y rentas, la cual tiene como sustento el principio de transparencia, información de interés público y de evitar la corrupción.

Como se aprecia, se han formulado dos normas a partir de las disposiciones, igualmente aplicables al caso: 1. Obligación de publicidad de bienes y rentas bajo sanción, y de otro lado 2. La obligación de garantizar la integridad física y patrimonial a los funcionarios públicos; sin embargo, por un lado obliga a publicitar, por otro lado, obliga a reservar la información. En este caso, se advierte la indeterminación desde la disposición (texto) y las posibles interpretaciones (normas), la cual derivará en la derrotabilidad de una de las normas.

LA INDETERMINABILIDAD PRAGMÁTICA

Resulta cotidiano que ante un determinado fenómeno social conflictivo o de incertidumbre, el operador jurídico tenga

como labor encontrar la norma que la subsume y con ello verificar la consecuencia jurídica que despliega, pero también resulta relevante abordar el tema desde el punto de vista del receptor de las normas (todos) y su comprensión total, ya sea del texto o de la razón fundamental que contiene. Esta es la situación en la que todo operador del derecho enfrenta a diario y en forma, por lo menos empírica, la cual podría ser resuelta fácilmente cuando el fenómeno social se encuentra claramente delimitado por el supuesto normativo, lo que en palabras de Hart sería una "zona de claridad" del Derecho; pero los legisladores se han encargado de demostrar que este supuesto de claridad en la mayoría de la veces no se presenta de su suyo como impecable y autónomo, esta forma de legislar genera las denominadas lagunas del derecho, entendidas como espacios en los que el legislador no ha empleado un lenguaje certero para determinar conductas, como son los casos de ambigüedad y vaguedad. Desde este primario punto de vista textual de la norma, es indudable que las normas se comunican con antelación a los fenómenos que regulan para poder determinar qué es lo que se encuentra prohibido y que está permitido por la libertad, siguiendo el concepto de norma a todo lo que el legislador establece, de allí que se considere que el lenguaje es la "materia prima" del derecho; así las cosas, ese lenguaje no puede tener las mismas arbitrariedades que el lenguaje común, vale decir, que cada término signifique lo que cada operador considere oportuno, aunque deben tener puntos de conexión para su entendimiento o comprensión, conviene destacar la clasificación que Díaz (2014) formula del lenguaje jurídico, a saber:

- a) Es, en términos generales, un lenguaje prescriptivo, destinado a establecer mandatos y prohibiciones y no a describir una realidad preexistente.
- b) Es un lenguaje finalista. O, si prefiere, es especialmente finalista, ya que si bien todo lenguaje tiene una finalidad (la comunicación entre personas), en este caso existe una finalidad específica, que es regular la vida en sociedad ofreciendo soluciones previas a los posibles conflictos. Y es ahí donde encuentran su sentido los mandatos y prohibiciones.
- c) Es un lenguaje sistemático, ya que cada enunciado pertenece a un sistema, y no es posible entender ninguno de los enunciados sin el sistema al que pertenecen.
- d) Como todo lenguaje especializado, utiliza en ocasiones una terminología específica, pero también recurre con frecuencia a la terminología propia de otras ciencias (como

la economía, la ciencia política, la filosofía, o muy diversas disciplinas científicas), y desde luego a la terminología común que debe ser su base.

e) Es probablemente, entre los lenguajes técnicos, el que tiene un mayor número de destinatarios, ya que las normas van dirigidas a todos los ciudadanos, que tienen el deber de cumplirlas (que, en cierta medida, presupone el de conocerlas, o al menos la posibilidad de conocerlas). Esta es quizá una de las paradojas del lenguaje normativo: es un lenguaje elaborado por técnicos, pero que por su naturaleza debe dirigirse a todos, y por tanto también a profanos. (pp. 75 y 76) Este orden de ideas, otorga un análisis de indeterminación pragmática, lo que en puridad impide actuar o controlar el campo de actuación del destinatario de la norma, siendo sus manifestaciones la ambigüedad y la vaguedad de los términos y conceptos que escoge el legislador para preconizar las normas que impide actuar con certeza y seguridad; resulta interesante detenerse en el caso de España, que mediante la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada como proposición de ley por el Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002, establece un "Derecho a Comprender", como constitutivo de todo ordenamiento, en tanto dirigido a personas que entablan relaciones, tiene como "derecho" comprender qué es lo que el legislador ha determinado como lo prohibido y lo permitido, o por lo menos acercarse al derecho a sus destinatarios exigiendo como una condición mínima, su entendimiento, esto es el entendimiento del significado de lo que el legislador pretende, aunque el destinatario en este plano desconozca el fundamento de la norma; lo que importa es que sepa y tenga consabido qué es lo que se le permite y prohíbe.

Una buena forma de aproximarse al plano de la indeterminación pragmática resulta la semiótica jurídica, para la cual existen tres estamentos del lenguaje que lo hacen suficiente para generar acciones concretas: sintáctica, semántica y pragmática, cuando estos planos se corresponden, el lenguaje es legítimo para ser constitutivo y propio de normas jurídicas claras, es decir, cuando coexiste orden de los términos dentro del texto normativo y contenido de significado preciso entonces propiciará acciones concretas.

LA INDETERMINABILIDAD POR ILOGICIDAD

De otro lado, se tiene a la indeterminación por ilogicidad, para cuyo análisis entramos en el terreno de los vacíos y las antinomias. Entendemos como vacío normativo al silencio del legislador, allí donde no se aprecia el

interés del legislador, entonces ante la verificación de falta de toda la norma o falta de una parte de la misma, hallamos a la indeterminación lógica por vacío (total o parcial); así tenemos, por ejemplo como falta de regulación total al caso acaecido en Perú sobre una persona que llegó a ver su amigo, y al entrar a la casa, lo vio ya fallecido, entonces procedió a descuartizarlo, poner las partes del cuerpo en una maleta y se lo llevó consigo a otra ciudad, en el camino el evidente olor que expedía la maleta alertó a los pasajeros del bus y procedieron a comunicar a las autoridades, lo que llevó al descubrimiento de los hechos; como se advierte este hecho no es recogido por el Código Penal y al no contener un objeto de protección penal no despliega una consecuencia jurídico - penal (falta de supuesto o atipicidad), por más reprochable que la sociedad considere los hechos; otro ejemplo, ahora de vacío parcial, se tiene a la norma que obliga a ceder el asiento a las personas embarazadas o adulto mayores dentro del bus, si bien encontramos el supuesto, más no, el consecuente en caso de desobedecer la norma; ambos casos retratan la falta de un enunciado capaz de producir una inferencia válida completa.

De otro lado, una antinomia se presenta, en términos genéricos, cuando una norma permite una acción y otra prohíbe esa misma acción a una misma persona; siendo sus alcances, un mismo ámbito de validez material, personal, temporal y espacial, en este sentido, conviene resaltar la clasificación seguida por Alf Ross (citado por Rodríguez, 2015) para quien las antinomias puede ser:

a) total-total, cuando ambas normas comparten por completo su ámbito de validez; b) total-parcial, cuando el ámbito de validez de una de las normas se haya comprendido por completo en el ámbito de validez de la otra, pero ésta goza de un ámbito adicional de validez; y, c) parcial-parcial, cuando teniendo ambas normas un específico ámbito de validez en el que se presenta el conflicto, tienen, a su vez, un ámbito adicional en el que no se presenta superposición de ningún tipo. (p. 62)

También se advierten antinomias generadas por aspectos valorativos de las normas jurídicas de cara a la moral que se encuentran ínsita en cada ordenamiento, según la tesis del objetivismo moral como respuesta para determinar la respuesta correcta, las cuales se verifican en cada caso concreto y no en la abstracción de la ley. Pero no todas las antinomias son pasibles de encontrar una indeterminabilidad insalvable, corresponde establecer el ámbito abstracto o concreto de la antinomia; si ubicamos en la constitución

peruana se advierte en su artículo 148° que toda persona tiene el derecho a la acción contenciosa administrativa frente a una resolución que emane de la administración pública siempre que cause estado (agravio), empero el artículo 181° de misma carta fundamental establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, entendido este como parte de la administración pública (electoral).

A este último tipo de antinomia la doctrina la denomina concreta, real o contingente; son las antinomias que se presentan cuando un caso concreto subsume sus condiciones en más de una norma jurídica perfectamente aplicable en el tiempo, persona y espacio; vale decir, antes de los hechos no suma mayor importancia, hasta que en un caso concreto se revele la contradicción normativa y su subsecuente dificultad de verificar la seguridad jurídica para resolverlo. En este escenario, el Tribunal Constitucional de Perú (2005) en el caso Pedro Lizana Puelles, a quien se lo vacó del cargo de alcalde distrital, señaló que en cada caso que esta antinomia se presente, por el principio de unidad de constitución se debe interpretar que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son revisables por el Poder Judicial vía proceso de amparo cuando vulneren derechos fundamentales (Expediente N° 5854-2005-PA/TC; F.j. 12.a.). Como se aprecia, antes del caso, era irrelevante, pero una vez presentado, la antinomia adquiere relevancia jurídica.

Existen antinomias aparentes que el operador debe prestar atención y determinar, aquí se tienen los casos de restricciones de derechos, como por ejemplo el registro domiciliario que realiza el fiscal se podría oponer a la inviolabilidad de domicilio, pero estas apariencias se solucionan exponiendo que los derechos fundamentales no son absolutos y los límites a estos están constituidos previamente al caso concreto, en la ley.

En consecuencia, las antinomias que generan la indeterminabilidad son aquellas en las que el mismo sistema jurídico no reconoce un método propio, objetivo y pre constituido para resolverlas.

LA INDETERMINABILIDAD POR INCONGRUENCIA NORMATIVA

Finalmente, corresponde verificar que el Derecho en su conjunto, revela una capacidad heurística de dar soluciones a problemas sociales, pero esta condición no la poseen siempre las normas jurídicas que lo componen, entonces el problema estriba en la falta congruencia de las normas ligadas por los fines y valores que cada ordenamiento encarna. Así podríamos hablar, por

ejemplo del caso del médico del Seguro Social a quien le está prohibido por ley atender a pacientes que no se encuentren asegurados en el sistema, y se le presenta un paciente con una dolencia que representa alguna gravedad, entonces, el médico se pregunta ¿debe atenderlo?; en el ejemplo apreciamos que uno de los fines de la norma es impedir que los recursos destinados para cubrir la salud de un conjunto predeterminado de personas sea desatendido por cuestiones no previstas y prohibidas en la misma norma; pero ello pondría también en tela de juicio el derecho de acceso a la salud universal, sin embargo de cara a este último el paciente no cumple con las condiciones de acceso al sistema del Seguro Social; hasta aquí la respuesta es que el médico tiene razones suficientes para negarse atender al paciente, pero que ocurre si esta dolencia es muy grave al punto de poner en riesgo la vida; entonces sobreviene la interrogante ¿se puede desplazar la vida por aplicación de una norma? La respuesta dependerá del sistema jurídico que se reconozca; de allí un positivista jurídico diría que se cumpla la norma que tiene como fundamento cuidar la salud de los asegurados, pero ello no será una solución que proteja la vida del ciudadano grave; es decir, el sistema no advierte una solución completa y correcta al problema, entonces en casos como este se refleja la falta de congruencia normativa que deja en claro la indeterminabilidad de las normas.

En efecto se tiene que realizar un ejercicio ponderativo para solucionar las incompatibilidades entre los fines y valores que el Derecho institucionaliza. A este tipo de fenómenos se les ha denominado "laguna axiológica" que no es otra cosa que una norma que prevé el supuesto presentado en la realidad, pero la solución que le otorga no es compatible con los fines del Derecho. Existen, por supuesto, objeciones a los fundamentos de la existencia de la laguna axiológica, pero es oportuno resaltar su existencia para mejor entender la cualidad de indeterminación que las normas jurídicas revelan.

Otro ejemplo es el caso del esposo que coloca, sin que los demás integrantes de la familia lo sepan, una grabadora en el teléfono de la casa, para poder identificar llamadas extorsivas; al poco tiempo revisa los audios y se entera que su esposa es infiel, ante lo cual entabla una demanda de divorcio por causal de adulterio; el juez como es comprensible rechazaría la demanda porque el material probatorio atenta contra la intimidad de la esposa y aún fuera valorado no acredita adulterio, la demandada sería declarada infundada;

acá el juez aplicó correctamente las normas del sistema, pero no ha resuelto el conflicto de intereses que se le presentó; puesto que el esposo ingresó al proceso casado y salió del proceso en el mismo estado civil, subsistiendo el conflicto una vez acabado el proceso; se debe anotar que las normas procesales no admiten que el Juez aplique la reconversión de la pretensión para poder anclarla en otra causal o la suplencia de la queja deficiente (admisible solo al Tribunal Constitucional); este es otro caso en el que la norma es clara y sus condiciones de aplicabilidad son bien conocidas de antemano, pero que la solución que brinda no es la mejor, puesto que después del paso del Derecho y el proceso el conflicto sigue; en el caso, el esposo sigue casado y debe regresar a seguir cumplimiento con las obligaciones y deberes que emanan del matrimonio aunque en los hechos, ya no exista la unión.

Así como existen indeterminación por defectos lógico, también aparece la indeterminabilidad por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, así Rodenas (2012) señala: Aquí los problemas de vagüedad no se presentan sólo por una dificultad estrictamente semántica, sino que se deben a un conflicto valorativo. (P. 30)

Tal es el caso de los casos que han sido recogido en el presente artículo, como la norma infractora que sanciona aquel magistrado que comete un "hecho grave" que "compromete la dignidad del cargo" o "lo desmerece en el concepto público"; como se advierte, de no tratarse de una norma sancionadora, es posible ingresar a verificar sus distintas acepciones o significados que – seguramente – de manera argumentativa se pudiera superar, empero, se trata de que por el lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico no puede – desde la constitución política – interpretarse en la resolución sancionadora, sino, antes; por lo que debe ser cierta, esto es, sin dejar al arbitrio de quien decide su contenido. Como hemos podido apreciar, no se trata de una norma "en blanco" que por remisión, otra norma le brinde contenido, de allí su indeterminación insubsanable.

LA DERROTABILIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA INDETERMINACIÓN

La derrotabilidad puede analizarse como causa o como efecto de la indeterminación jurídica, esto es, la derrotabilidad puede ser la causa que el ordenamiento quede indeterminado por la inaplicación de una prescripción normativa, y también, puede ser anclado como una consecuencia de la indeterminación, hallada la indeterminación de una norma, esta es derrotable.

Sostenemos que la indeterminación de las normas es una causa que genera – en algunos casos insalvables - su derrotabilidad. No coincidimos con Rodríguez (2015) quien expresa que:

el concepto de derrotabilidad jurídica no guarda relación con la posibilidad de impedir la aplicación de un enunciado jurídico a partir de las expresas excepciones contenidas en otros enunciados –las cuales, aunque potencialmente numerosas, teóricamente, son susceptibles de ser conocidas ex ante, es decir, con anterioridad al análisis de un caso concreto–, sino con la posibilidad de que la referida inaplicabilidad resulte de una serie de excepciones implícitas en el ordenamiento, no extraíbles de la literalidad de los enunciados jurídicos, sino de la carga axiológica o moral de determinadas disposiciones jurídicas y solo apreciables en el marco del análisis de un caso específico. (p. 16)

Vale decir, excluye de la derrotabilidad los casos en que el legislador también establece excepciones a las reglas por el hecho de su cognoscencia antes de que el hecho se presente en la realidad; bajo este razonamiento, en el supuesto del homicidio (Regla 1) este es permitido cuando se presenta la legítima defensa (Regla 2); no obstante si el caso se califica como legítima defensa, la Regla 1 ha sido derrotada por la Regla 2 en tanto establece la solución al caso, a contrario sensu, de aplicar la consecuencia del homicidio a una caso de legítima defensa la solución o respuesta no es compatible con los valores constitucionales que incardinan en la moral positivizada; por lo que, a nuestro juicio estos casos de excepción hacen derrotable a una norma jurídica, por su ínsita indeterminabilidad antinómica (permisión de matar y prohibición de matar en un caso concreto). Un razonamiento en contrario, vaciaría de consecuencia a la indeterminación que se genera por la excepción, cabe preguntarse si la indeterminabilidad antinómica no genera derrotabilidad ¿Qué genera? Si solo se puede aplicar una regla, no ambas, la respuesta es la derrotabilidad a una de ellas. Sin perder de vista que, asentar la decisión en una zona de penumbra – derrotable – en la carga moral de una disposición jurídica no es una aspiración del derecho sancionador, que exige reglas claras, con alguna precisión o un lenguaje propio de la especialidad.

CONCLUSIONES

La indeterminabilidad es un fenómeno jurídico relevante y necesario, por ende, se ha llegado a la conclusión de que sí resulta constitucional la imposición de sanciones bajo el amparo de normas indeterminadas, siempre que no sean derrotables; vale decir

que los supuestos hallados en la norma sean capaces de orientar acciones concretas y certeras, máxime si las normas del derecho sancionador tiene como consecuencia, siempre, una sanción, que sino limitan la libertad personal como el caso de las normas penales; limitan ejercicios en el plano de los derechos sociales como es el caso de la permanencia en un cargo público.

El ordenamiento jurídico constitucional acepta la creación de supuestos normativos sancionadores indeterminados, siempre que el margen de apreciación no arribe una discrecionalidad media o alta; debido que las normas jurídicas no tienen la capacidad de contener la realidad completa, ni el objetivo es que se plantee una taxatividad rígida.

Se niega que en todos los supuestos de indeterminabilidad de las normas sancionadoras son derrotables, puesto que hay casos “subsanales”, como sería el caso de las vaguedades remisivas, es decir, de normas indeterminadas, pero que hallan su contenido en otra norma. Caso contrario serían las normas que dejan al libre arbitrio, moral o voluntario de decisor de darle contenido al supuesto para emitir una sanción, pero en el momento de la imposición de la sanción y no, previamente, como lo exige el Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avila, H. (2011). *Teoría de los Principios*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Díaz Revorio, F. (2014). El Lenguaje en las normas jurídicas, los Parlamentos y la RAE. *Revista Española de Función Consultiva* N° 22. Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. <http://www.cjccv.es/pdfs/pub/refc-n22.pdf>
- Constitución Política del Perú (30 de diciembre de 1993) Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Crisafulli, V. (2011). Disposición (y norma). En S. Pozzolo, *Disposición y Norma* (págs. 67-109). Lima: Palestra.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. Norma. En S. Pozzolo, *Disposición vs. Norma* (pág. 133 - 156). Lima: Palestra.
- Ley Orgánica del Concejo Nacional de la Magistratura. (06 de diciembre de 1994). Normas Legales N° 26397. Diario Oficial El Peruano.
- Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (19 de febrero del 2019). Normas Legales, N° 30916. Diario Oficial El Peruano.
- Ley de la Carrera Judicial. (07 de noviembre del 2008). Normas Legales, N° 29277. Diario Oficial El Peruano.
- Ley que regula sanciones a magistrados del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público (12 de marzo de 1998). Normas Legales, N° 26933. Diario Oficial El Peruano.
- Ley que modifica o restablece artículos de la Ley Orgánica del Concejo Nacional de la Magistratura y dispone la convocatoria a concurso nacional para magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. (11 de septiembre de 1998). Normas Legales, N° 26973. Diario Oficial El Peruano.
- Ley que modifica o restablece artículos de la Ley Orgánica del Concejo Nacional de la Magistratura y dispone la convocatoria a concurso nacional para magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. (07 de noviembre del 2000). Normas Legales, N° 27368. Diario Oficial El Peruano.

Tribunal Constitucional Peruano (STC N° 1873-2009-PA/TC, 03 de septiembre de 2010). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01873-2009-AA.html>

Tribunal Constitucional Peruano (STC N° 5156-2006-PA/TC, 26 de agosto del 2006). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/05156-2006-AA.html>

Tribunal Constitucional Peruano (STC N° 5854-2005-PA/TC, 08 de noviembre de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Rodenas, A. (2011). *Los Intersticios del Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Judiciones Jurídicas y Sociales.

Rodríguez, R. (2015). *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional* (Tesis Doctoral). Univerisdad de Carlos III Madrid.