



# REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ

NÚMERO 150 • AGOSTO 2013

## COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

Luis Moisset de Espanés (Argentina)  
Ricardo Lorenzetti (Argentina)  
Alessandro Somma (Italia)  
Francesco Bilotto (Italia)  
† Franco Cipriani (Italia)  
Girolamo Monteleone (Italia)  
Juan Montero Aroco (España)  
Carmen Moreno de Toro (España)  
Roberto Dromi (Argentina)  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

## COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

Carlos Fernández Sessarego  
Fernando Vidal Ramírez  
Domingo García Belaunde  
Juan Espinoza Espinoza  
Samuel Abad Yupsanqui  
Víctor García Toma  
† Jorge Santistevan de Noriega  
Jorge Toyama Miyagisuku  
Juan Carlos Moron Urbina  
Oswaldo Hundskopf Exebio  
Carlos Ramos Núñez  
Eugenio Ariano Deho  
Juan Monroy Gálvez  
Edgar Carpí Marcos  
Luis Castillo Córdova  
Eloy Espinosa-Saldanía Barrera  
Mario Castillo Freyre  
Yuri Vega Mere  
Aníbal Torres Vásquez  
Luis Lamas Puccio  
Alfredo Bullard González  
Carlos Cárdenas Quijós  
Wilfredo Songuneti Raymond  
Enrique Varsi Rospigliosi  
Felipe Osterling Parodi  
Ricardo Beaumont Calligros  
Jorge Avendaño Valdez  
Fernando de Trazegnies Granda

## Normas Legales



## *Especial*

### LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La fijación del monto de la pensión de alimentos y el eventual inicio del proceso de reducción

Las fuentes de la competencia administrativa y el principio de legalidad

El rol controlador del proceso frente a la autotutela de la Administración Pública

Los actos preparatorios y la tentativa del delito

Arbitraje potestativo en el marco de la negociación colectiva y los límites presupuestales

Reconocimiento de derechos sucesorios a miembro integrante sobreviviente de unión de hecho acreditada

Implicancias de las últimas modificaciones al Reglamento de Comprobantes de Pago

La tipología del despido en el Perú y su reconstrucción desde el Tribunal Constitucional

El principio de laicidad en la Constitución Política de 1993

# REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ

COORDINADOR GENERAL  
Juan Carlos Esquivel Oviedo

**STAFF DE PROFESIONALES**  
Manuel Alberto Torres Carrasco / Percy Revilla Llazo /  
Álvaro García Monique / Miriam Mabel Tomaylla Rojas /  
Luis Cárdenas Rodríguez / Franco Montoya Castillo /  
Maribel Achulli Espinoza / Edwar Zegarra Meza / Elky  
Alexander Villegas Paiva / David García Sánchez

**COLABORADORES**  
Manuel Muro Rojo / César Abanto Revillo / Javier Adrián  
Coripuna / Eduardo Alcántara Pávís / Luis Aliaga Huacipata /  
Juan Luis Avenaño / Luciano Barchi / Luis Brumont-Arias  
Torres / Jorge Brava Cucci / Rolando Castellares Aguilera /  
Dino Carlos Coria / Hildebrando Castro-Pozo Díaz /  
Adolfo Céspedes Zavaleta / Jorge Danés Ordóñez / Javier  
Doloxier Torres / Daniel Echaiz Moreno / Gerardo Eto Cruz /  
Huáscar Ezcurra Rivero / Gastón Fernández Cruz / Marisol  
Ferréyros / Hugo Forno Flórez / José Gálvez Rosasco /  
Leopoldo Gomora Víchez / César Gamba Vélez / Edward  
García Navarro / Percy García Cordero / Christian Guzmán  
Nopuri / Maríonella Ledesma Noriega / Eduardo León Alva /  
Leysser León Hilario / Rolando Martel Chong / Richard Martín  
Tirado / Marco Martínez Zamora / Carlos Alberto Matheus  
López / Marlin Mejorada Chauca / Carlos Mesía Ramírez /  
Miguel Mendoza Escalante / Juan Monroy Palacios / Rómulo  
Morales Hervías / Eduardo Asenio Oré Sosa / Iván Parédez  
Neyra / Alfonso R. Peña Cabero Freyre / Roberto Pereira  
Chumbe / César Punfriano Rosas / José Leandro Reñifo  
Peschiera / Luis Miguel Reyna Alfarro / Juan Francisco Rojas  
Leo / Renzo Sánchez Velasco / Luis Sáenz Dávalos / Nelson  
Salazar Sánchez / Raúl Samanéz Morante / Martha del  
Carmen Silva Díaz / Fernanda Torázcena Alvarado / José  
Carlos Ugaz Sánchez Moreno / José Urquiza Olachea /  
Elena Rosa Vásquez Torres / Luis Vinateo Recoba / Aldo Zelo  
Villegas / Olívio Blanca Capcha Reymundo

**DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**  
Martha Hidalgo Rivero / Luis Briones Ramírez

**CORRECCIÓN DE TEXTOS**  
Alex Ortiz Alcántara / Marcos Campoverde Guerrero

**DIRECTOR COMERCIAL Y DE MARKETING**  
César Zenitagoya Suárez

**DIRECTOR DE PRODUCCIÓN**  
Boritz Bofurarte Gómez

**DIRECTOR LEGAL**  
Manuel Muro Rojo

Normas  Legales

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ Nº 150  
Primera edición / agosto 2013  
1,160 ejemplares

© Copyright GACETA JURÍDICA S.A.  
Primer número, 1942

Hecho el depósito legal en  
la Biblioteca Nacional del Perú 95 / 0934

ISSN versión Impresa: 0484-7784

Registro de proyecto editorial: 31501221300689

Av. Angamos Oeste Nº 526 - Miraflores, Lima - Perú  
Central telefónica: (01) 710-8900 / Telefax: (01) 241-2323  
E-mail: ventas@normaslegales.com.pe  
www.normaslegales.com.pe

Impreso en: Imprenta editorial El Búho E.I.R.L.  
San Alberto 201 - Surquillo  
Lima 34 - Perú

Prohibida su reproducción total o parcial

ISSN 0484-7784



9 770484 778009

Síguenos en:

 [www.facebook.com/gacetajuridica](http://www.facebook.com/gacetajuridica)  
 [www.twitter.com/gacetajuridica](http://www.twitter.com/gacetajuridica)

## ENTREVISTA A LA DRA. VICTORIA ROCA

### LOS CASOS FÁCILES Y DIFÍCILES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Por: Emilia  
Bustamante Oyague\*

En esta oportunidad, entrevistamos en la ciudad de Alicante a la doctora Victoria Roca, profesora titular del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (España). Imparte docencia en el Posgrado en Argumentación Jurídica en dicha casa de estudios y cuenta con diversos artículos publicados en revistas especializadas y un libro titulado *Derecho y Razonamiento práctico en C.S. Nino*, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en 2005.

#### 1. Doctora Roca, ¿cuál es la importancia de la argumentación jurídica?

El Derecho –la práctica de creación de normas, de interpretación y aplicación de las mismas– es una actividad cuyo fin es la resolución de problemas prácticos. Estos, por definición, son aquellos en los que están implicados intereses de terceros y, por lo tanto, la realización

de los valores de nuestra convivencia (la vida, la salud, la propiedad, la autonomía o libre voluntad y el libre desarrollo de la personalidad). Siendo así las cosas, es muy importante que los operadores jurídicos procedan de manera tal que pongan de manifiesto las razones que justifican las decisiones que toman ya que solo de esta manera se posibilitará el control racional –i.e. intersubjetivo– de las mismas. Esta es una de las exigencias del principio del imperio de la ley, de la razón, frente a la mera voluntad o la arbitrariedad.

Las teorías que reivindican la dimensión argumentativa del Derecho precisamente ponen sobre la mesa para el debate abierto lo anterior llamando la atención sobre las razones de diverso tipo (sean razones sustantivas, razones institucionales, etc.) y los mecanismos de racionalidad que pueden y deben activarse en el razonamiento jurídico justificativo.

\* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Abogada por la PUCP. Posgrado en argumentación jurídica en la Universidad de Alicante y Profesora de la Academia de la Magistratura.

**2. Es decir, que hoy en día, ¿todo profesional de Derecho debe conocer de la Argumentación Jurídica?**

En línea con mi respuesta anterior, es preciso notar que las profesiones jurídicas, al margen de como se hayan presentado, no son profesiones meramente técnicas. Los profesionales del Derecho no llevan a cabo una actividad axiológicamente neutra, sino que necesariamente desempeñan funciones donde, muy centralmente, entran en juego consideraciones valorativas. En efecto, los juristas prácticos, no solo trabajan con un material valorativamente comprometido –el Derecho toma partido por la protección de unos intereses u otros–, sino que su propia actividad lo es. Interpretar cuál es la respuesta que da el Derecho a un determinado conflicto y fundamentar jurídicamente una pretensión son ambas, como alguien dijo, actividades valorativas “hasta la médula”. Negar esto acaba por cumplir un uso ideológico, enmascarador de esferas de poder que quedarían así exentas de control. En definitiva, sea que consideremos que hayamos de optar por una interpretación más formalista-literalista de la ley, por la denominada intención del legislador o por una interpretación que implique una revisión de estas a la luz de las razones subyacentes (interpretación teleológica, atendiendo a principios, etc.) estaremos siempre haciendo valoraciones y tomando partido en nombre del Derecho por la protección prioritaria de unos intereses u otros.

Reflexionar acerca del Derecho desde esta perspectiva, como invitan a hacer las teorías de la argumentación jurídica, nos lleva entonces a tomar conciencia de todo lo anterior. Si además nos detenemos a pensar en los criterios que habrán de permitirnos considerar como justificada la priorización hecha y los ponemos en práctica, tendremos un mayor conocimiento de lo que nos traemos entre manos y aportaremos aunque solo sea nuestro pequeño grano de arena para permitir que el Derecho, visto así como práctica colectiva, sea una empresa en la que estén operando mecanismos

de control racional (la crítica racional) que reduzcan la arbitrariedad, el abuso de poder o la filtración de intereses espurios o que no está justificado atender como prioritarios.

**3. En argumentación jurídica, se destaca a MacCormick como uno de sus destacados exponentes, ¿cuál es su mérito?**

Señalaría dos cosas. Por una parte, MacCormick tuvo la habilidad de construir su teoría argumentativa del Derecho tomando como punto de partida el funcionamiento real de los tribunales. En mi opinión, esto hace que la lectura de sus obras pueda jugar con más facilidad que otros trabajos de filosofía del Derecho el papel de puente entre la reflexión teórica y el ejercicio práctico del Derecho. Además, MacCormick mostró la necesidad del esquema del silogismo deductivo con los que se solía reconstruir la actividad de los tribunales y con los que están familiarizados –aun si no siempre con esa terminología– los juristas, al tiempo que ponía de manifiesto su insuficiencia. En efecto, MacCormick subrayó que un aspecto central de la actividad de los tribunales que precisa de un refuerzo argumentativo que excede al silogismo deductivo es, precisamente, el establecimiento de las premisas normativas y fácticas de las que se habrá de derivar la conclusión que fundamentará el fallo de la sentencia. Si bien, según MacCormick, hay casos en los cuales tales premisas no resultan controvertidas (los denominados casos fáciles) y el esquema deductivo agota la necesidad de justificación del fallo, en otros, sin embargo, problemas de diverso tipo a la hora de establecer la premisa normativa o fáctica (los denominados casos difíciles) precisan del recurso a otros mecanismos, a otro tipo de argumentos. La importante contribución de MacCormick, en este sentido, es que subraya que el hecho de que se agote la lógica formal como mecanismo de control no significa, sin embargo, que no quepa el control racional del establecimiento de tales premisas; además, en su opinión, tales mecanismos forman parte de la

propia práctica jurídica. Son mecanismos de control racional incorporados a la misma.

**4. ¿En qué consiste el control racional de los argumentos?**

El esfuerzo que en el esclarecimiento de esto han hecho teóricos de la argumentación como Alexy, Atienza, Dworkin, y el propio MacCormick ha sido en el sentido de sacar a la luz los mecanismos de control que los operadores jurídicos estaban haciendo operar de forma más o menos consciente en nuestras prácticas jurídicas. Estos teóricos se centraron especialmente en la argumentación en sede judicial. Por seguir con las aportaciones de MacCormick que, como decía, me parecen una buena plataforma para que los juristas prácticos se adentren en la reflexión acerca de su rol y de cómo ejercitarlo, nos encontramos con que el requisito de universalidad es el que subyace a la justificación deductiva que está presente tanto en los casos fáciles como en los difíciles. Esto es, en el marco de un contexto práctico, del tipo que sea, justificar siempre nos exigirá contar con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio que se aplicará de forma universal. Esto es, se aplicará en todo aquel caso que posea las mismas características. Este es el criterio, vinculado con el principio de igualdad, que subyace a la fuerza vinculante desde el punto de vista racional de la jurisprudencia. Cuando haya controversia acerca del establecimiento de las premisas no nos veremos tampoco abocados a una suerte de discrecionalidad fuerte: un juez puede tener la última palabra y su decisión ser en este sentido definitiva, sin embargo, un juez no puede decidir qué debe constituir una buena razón en favor de una decisión. La elección de una u otra norma general, el establecimiento de la premisas fácticas cuentan también con mecanismos de control: MacCormick subraya los requisitos de consistencia y de coherencia, tanto normativa como narrativa (esta sería la lógica interna de los argumentos a partir de principios o por analogía), así como el requisito que apela a la necesidad de que una decisión

tenga sentido también en relación con el mundo. Es a esto a lo que apelan los argumentos consecuencialistas, ya sea a partir de razones finalistas (objetivos tales como la reactivación de la economía, un medio ambiente más saludable, de la libre competencia o de unas condiciones justas de mercado), o de corrección (la realización del valor de igualdad p. ej. en el acceso a una vivienda digna, en las ayudas para la escolarización, o la realización del valor de autonomía, etc.).

**5. Ha hecho usted referencia a la conocida distinción entre casos fáciles y difíciles, ¿podría profundizar un poco más en esta distinción?**

Si seguimos en la línea de la caracterización de MacCormick, los casos difíciles serían aquellos en los que el órgano decisor se encuentra con problemas de interpretación o de relevancia en el establecimiento de las premisas normativas o de prueba y calificación por lo que se refiere al establecimiento de la premisa fáctica. Esto es, casos en los que será preciso mayor carga argumentativa para atender la exigencia de fundamentación del fallo judicial, posibilitando también el control intersubjetivo posterior. Los casos fáciles son aquellos en los que no se presenta tal controversia y en los que, por lo tanto, la exigencia de fundamentación se agota en una argumentación bien construida al modo del silogismo deductivo.

A mi esto, sin embargo, me parece insuficiente. Creo que crea la falsa apariencia de que o bien los casos de alguna forma vienen preetiquetados como fáciles o difíciles o bien que la operación de calificación como fácil o difícil es valorativamente neutra. En mi opinión, las cosas son mucho más complejas, más comprometidas, y es preciso mostrar que tal calificación predicada respecto de un caso particular implica en el fondo que el órgano decisor realizó otro juicio de valor que es el que le llevó a ponderar entre certeza y justicia o adecuación. Esto es, entender que el caso habría en Derecho de ser decidido como un caso fácil sin que

se problematizara el consenso en torno a las premisas o, al contrario, que las mismas habrían de ser problematizadas y que, por lo tanto, de haberse optado por el mero recurso a la fundamentación deductiva no se hubiera satisfecho la exigencia de fundamentación del fallo judicial es siempre una actividad impregnada de juicios de valor.

#### **6. ¿Cuándo se habla de problemas de interpretación?**

De vuelta con MacCormick, y a quien, con las precisiones apuntadas veo, como he dicho, como una buena plataforma desde la que pensar en el razonamiento jurídico, podemos decir que son problemas de interpretación aquellos que se presentan cuando hay una duda acerca de cuál sea la norma aplicable porque resulta que la disposición legislativa admite más de una lectura. Cuando p. ej. el artículo 1341 del Código Civil español establece en su apartado 7 que se considerarán bienes privativos de cada conyuge las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor. Podríamos entender o bien que la calificación como "que no sean de extraordinario valor" se predica solo respecto de los objetos personales (una joya por lo tanto no sería privativo, pero sí lo sería un abrigo de algún tipo de material muy caro) o bien que se predica tanto de las ropas como de los objetos de uso personal (en este caso no solo la joya sino tampoco el abrigo sería privativo).

#### **7. ¿En qué consisten los problemas de relevancia?**

Ahora no se trata de que una disposición admita varias lecturas, sino que lo que resulta controvertido es la mera existencia de una norma que regule el caso. Esto suele suceder en los casos en los que lo que está en juego no es tanto un enunciado jurídico expreso cuantitativo de reglas y principios implícitos en los materiales autoritativos. P. ej. ¿Hemos de entender que nuestro Derecho establece una excepción a la regla de los actos propios o de las partes en

el proceso cuando los intereses en juego son los de un menor?

#### **8. ¿Cuándo estamos ante problemas de prueba?**

Estos son los que afectan al establecimiento de la premisa menor, esto es, resulta controvertida la reconstrucción de los materiales probatorios, sentar, a partir de ellos, la verdad de una serie de afirmaciones sobre hechos pasados objeto del proceso. Con este tipo de dificultades están relacionados todos los debates acerca de los estándares de prueba, la certeza de las afirmaciones a partir de juicios probabilísticos, etc.

#### **9. ¿En qué consisten los problemas de calificación?**

Si bien no hay controversia en torno a los hechos probados puede suceder que el debate surja en relación con la calificación que estos hayan de recibir desde el Derecho. Las partes están de acuerdo en que ha nacido un hijo dentro del matrimonio producto de la fecundación in vitro sin consentimiento del marido, la pregunta es ¿cuenta esto como un caso de adulterio como alega el abogado del esposo por caer en el supuesto de la norma que hace referencia a que se considerará como aplicable tal causal de divorcio cuando la esposa dé a luz a un hijo después de haber transcurrido más de 10 meses de tener relaciones sexuales maritales? En realidad, como habrá podido observar el lector, los problemas de calificación y de interpretación son equivalentes. Depende de cómo interpretemos una disposición, para entender que a su luz podemos o no calificar unos determinados hechos. Con todo, la distinción tiene su relevancia práctica ya que si de un caso decimos que plantea problemas de interpretación nos encontramos con que frente a él cabrá recurso de apelación y esto tendrá luego relevancia como precedente o jurisprudencia acerca de la interpretación de una disposición.

**10. En oportunidades, hemos apreciado que se asocian como casos difíciles únicamente a aquellos que versan directamente sobre derechos fundamentales, por ejemplo, cuando se debe dilucidar entre derecho a la información y el derecho a la intimidad personal, pero ¿qué sucede en las cuestiones vinculadas al Derecho privado, acaso no podrían presentarse como casos difíciles?**

Sin duda, lo que sucede es que para ilustrar este tipo de casos se recurre a ejemplos donde se han planteado problemas de interpretación y donde el tribunal ha entrado abiertamente en el debate sobre los valores en juego (concretos derechos fundamentales o intereses colectivos constitucionalmente protegidos) y esto suele suceder en instancias de Apelación o en las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales. Pero si se hace un repaso a la caracterización que antes se ofrece de las distintas dimensiones de un caso jurídico que pueden ser problematizadas, bien se verá que reconstruir un caso como difícil es algo que puede suceder en cualquier instancia, si bien, en el ámbito del Derecho privado, siempre dentro de lo contenido en los escritos de las partes o, en el caso de la presencia de intereses de menores,

del fiscal. Permitaseme además indicar que no hay una suerte de oposición, como parecería reflejarse en la pregunta, entre casos en los que entran en juego derechos fundamentales, o los casos de Derecho privado. Todos los casos están de forma expresa o no vinculados con derechos fundamentales, con valores constitucionales. Hace poco unos amigos que se dedican al ejercicio práctico del Derecho discutían sobre un caso en el que uno de los excónyuges se planteaba la revisión de la pensión por alimentos acordada un año antes con la otra parte para cubrir lo que le correspondía del cuidado de dos hijos habidos en ese anterior matrimonio. Las razones que le llevaban a ello era un cambio en las circunstancias económicas en el último año: no solo la empresa de la que era propietario no rendía lo que había pronosticado, sino que, además, tenía un tercer hijo, el primero con su nueva pareja. Hay toda una serie de consideraciones que entran en juego en este tipo de situaciones: la doctrina de los actos propios, el carácter vinculante de lo libremente consentido por convenio de divorcio, las reglas procesales que establecen quiénes han de ser considerados partes en el proceso de divorcio del que trae causa el convenio a revisar, etc. Con todo, el abogado de parte podría apelar a los intereses del menor



—el tercer hijo— que han de ser también atendidos en igualdad de condiciones —cómo se concrete esto también es algo controvertido— a los otros dos y argumentar que tales intereses en juego han de llevarnos, si tal fuera el caso, a revisar la interpretación más o menos consolidada de algunas disposiciones.

**11. ¿Y cómo se resolvió el caso que nos comenta?**

No sé cuál habría de ser el resultado que según el Derecho en cuestión se le hubiera de dar a tal caso. Lo único que estoy es poniendo de manifiesto cómo el caso puede resultar justificadamente problematizado, y por lo tanto presentado como difícil, en instancia.

Finalmente, ¿qué es sino cuestionar la resolución como caso fácil de los supuestos de embargo por impago de hipoteca de la vivienda habitual lo que llevó a algunos juzgados a romper con una práctica judicial que convertía en mi país, España, a los juzgados en los agentes de caja de los bancos? Con todo, sin duda, dado que los intereses en juego son siempre muy importantes, se exige, como decía al comienzo, una impecable argumentación que posibilite a las partes la defensa y una contienda argumentativa óptima. Solo de esta forma los tribunales harán un ejercicio legítimo de su poder decisor.

**Muchas gracias.**

Alicante, mayo de 2013