

Presentación

Difundir el pensamiento jurídico y la crítica a las instituciones legales en su relación con la vida social ha sido la consigna que, en mayor o menor medida, ha marcado el paso de la revista *Derecho PUC*, desde que salió a la luz su primer número en 1944. La presente edición busca reafirmar esa postura con amplitud. Pero quizá deba advertirse que, además, va premunida de un fuerte compromiso con la investigación y los valores éticos que ella implica.

La influencia y el predicamento moral del actual Decano de la Facultad, Armando Zolezzi Möller, compartido y asumido por los profesores César Delgado Barreto, Gastón Fernández Cruz y Samuel Abad Yupanqui, como integrantes del Consejo Editorial, ha tenido que ver con este impulso, seguramente reflejado en el vasto contenido que da vida a este volumen.

No es casual el énfasis dado a estos dos aspectos, en el interior de la vida universitaria. Recuérdese que el pragmatismo y la ausencia de valores éticos en la vida institucional del país, durante la década pasada, tuvieron referentes visibles en la universidad peruana: ese discurso ideológico auspició un tipo «formal» de universidad «privada» que, en su versión más extrema, ha suprimido la investigación del quehacer académico. Y aún en el ámbito intermedio del mismo proceso, se produjeron otros impactos que, igualmente, han contribuido a adelgazar las reservas morales de la actividad intelectual.

Si la universidad tiene como fin producir conocimiento por medio de la investigación y la enseñanza derivada de esta, parece indispensable afianzar el compromiso docente e investigador de quienes participan en ella. En esa definición se integran la originalidad como requisito y desafío para la reflexión crítica y creativa, y la honestidad como condición fundamental del quehacer académico, para expresar la propia voz, con transparencia y sin estruendos retóricos. Estos referentes de profundo contenido ético, son la

pauta para lograr una formación universitaria gestada a través de la curiosidad por el conocimiento, motivada por el ingenio creativo, estimulada por la imaginación y el rigor científico.

Este reto tiene, además, un componente específico. En nuestro país existe un profundo desfase entre el escenario institucional, que en los últimos años ha naufragado en un mar de inestabilidad, violencia política, corrupción y dictaduras, y la ausencia de un pensamiento jurídico crítico. La cultura jurídica predominante no ha logrado situar aún, con la intensidad necesaria, el contraste de lo legal con la realidad social y, por ello, no ha podido construir una visión diferente que valore las consecuencias políticas o económicas de las reglas jurídicas o las decisiones judiciales. Esta concepción está en la base de cómo se gestaron nuestros códigos y constituciones, pero también en la forma cómo se reproducen las categorías jurídicas con las que hasta hoy se enseña el derecho.

En verdad, la idea —siempre difundida en nuestros medios oficiales— del derecho, construida al calor de la influencia eurocontinental, no ha estado, como lo estuvo en Europa, vinculada al proceso de modernización, de expansión del mercado y construcción del Estado de Derecho. Para comenzar, la cultura jurídica, en el caso peruano, no puede entenderse desligada del influjo virreinal, cuyos valores estuvieron en los cimientos reales de la república. Por otro lado, a contracorriente de los ideales iluministas, en el Perú se produjo una cultura jurídica próxima a la exégesis, pero sin contexto crítico de referencia, que creó, igualmente, una dogmática sin crítica. La «teoría del derecho» que surgió de ese proceso, se armó de un abundante elenco de conceptos de escasa textura social, pues no hubo en el proceso de recepción jurídica el desarrollo de una práctica argumentativa que buscara construir un aparato crítico. Sin valorar la jurisprudencia ni cuestionarse por el problema de la efectividad, la dogmática se dedicó a almacenar y reproducir este conjunto de conceptos jurídicos en todas las áreas del derecho.

Para cambiar este estado de cosas, desde nuestra facultad se han hecho esfuerzos que hoy reclaman invertir todos los recursos posibles con el mismo propósito, y ese quizá sea el papel que le toca jugar a nuestra revista, en la tarea de enrumbar y dar sostenibilidad a los cambios. Las páginas de *Derecho PUC* pueden ser la columna vertebral de un pensamiento crítico que contribuya a superar las secuelas y enfrentar las patologías de las políticas e ideologías que asolaron a la universidad peruana en el pasado reciente. Nuestra revista puede convertirse en una herramienta de desarrollo institucional, al abrir las oportunidades para la reflexión original y marcar el rumbo de la investigación en derecho, como producto del trabajo académico honesto de nuestros profesores.

Esta aspiración, presente en el número 57 de *Derecho PUC*, se asocia, además, a la introducción de algunos cambios y novedades muy precisas en el orden y en el tipo de contenido de la revista. Se espera, con ello, optimizar el espacio y mejorar las posibilidades de proyección temática de la publicación, más allá del ámbito formal.

En esa dirección, se retoma parcialmente la práctica que alguna vez formó parte de la historia de esta publicación, dedicando una sección fundamental de sus páginas a un tema central. Se busca, así, establecer un vínculo estrecho entre la realidad actual y la reflexión jurídica. Tomar el pulso a las instituciones del sistema legal, en su actuación dinámica, puede permitir conocer las razones de los distintos actores que han formado parte de los procesos de formación del derecho, establecer el sentido que este adquiere en el ámbito del debate legislativo y como resultado de la función de adjudicación a cargo de los tribunales.

Al mismo tiempo, se mantiene una sección destinada a la publicación de contribuciones de profesores extranjeros y, junto a ella, el apartado de carácter interdisciplinario, para los artículos de los profesores nacionales. Además, desde este número, se ha considerado oportuno abrir una sección dedicada a la publicación de reseñas sobre las principales obras de derecho producidas en nuestra universidad y fuera de ella.

Sin duda alguna, un momento de crucial significado para la vida institucional de nuestro país, fue el trabajo desarrollado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), creada durante el gobierno de transición del presidente Valentín Paniagua en junio del 2001. El encargo recibido era sumamente delicado: luego de casi dos décadas de violencia política, con miles de víctimas, puestas principalmente por los sectores más pobres y excluidos de la población, además de cuantiosos daños materiales provocados por la destrucción de infraestructura pública y privada, se esperaba poder sincerar las causas, los hechos y las consecuencias de tan doloroso proceso. El trabajo de esta Comisión concluyó con la entrega del Informe Final al país, en agosto de 2003.

Se trata de un instrumento imprescindible en la tarea de prospectar la viabilidad democrática de nuestro país. En efecto, más allá del impacto específico de sus conclusiones y recomendaciones, el Informe tiene la cualidad de ser una fuente legitimada, social y moralmente, de la cual es posible derivar argumentos que permitan construir la institucionalidad democrática de los distintos espacios de nuestra vida ciudadana. Esa posibilidad tiene en el derecho uno de sus soportes estratégicos, precisamente por su incidencia en la organización social.

El impacto del derecho, presente a lo largo de todo el Informe, no tiene, sin embargo, implicaciones homogéneas. No está de más recordar que

durante los años de violencia política, la desarticulación del tejido social y la destrucción de las formas de convivencia democrática contaron con el respaldo del uso instrumental de una «legalidad» de emergencia, de escasa o nula legitimidad constitucional. Tampoco debe perderse de vista que esa débil idea del derecho se enlaza con facilidad a la concepción formalista predominante en la cultura jurídica de nuestro medio.

El Informe de la CVR ha logrado, entre otras cosas, develar esa función del derecho, que afirmó su razón en la fuerza o en la hegemonía de las mayorías contingentes, de un escenario político deprimido y limitado en muchos aspectos. Al mismo tiempo, propone una visión de lo jurídico que reclama el oxígeno de la paz, desde un sistema legal fuerte, porque se basa en los derechos fundamentales y en la defensa de los principios democráticos del Estado Constitucional, precisamente para afirmar los imperativos del propio Informe.

Esta es la perspectiva que articula el tema central del presente número de *Derecho PUC*. A través de ella, la dimensión de lo jurídico es sometida a un enjuiciamiento crítico que busca entender el valor del derecho como herramienta para hacer frente a la violación de los derechos humanos. No solo para investigar las atrocidades del infausto período del conflicto sino para proponer pistas que permitan construir instituciones legibles, como fundamento de un sistema democrático, en el que exista «un arreglo social justo, un régimen de convivencia en el que el respeto a nuestras libertades y a nuestra dignidad de personas y ciudadanos esté siempre garantizado». Salomón Lerner —quien fuera rector de nuestra casa de estudios y presidente de la Comisión de la Verdad, que en la actualidad se desempeña como profesor principal de la Facultad de Filosofía y Humanidades—, propone una reflexión, comprometida con su propia experiencia, que despliega con lucidez, firmeza y pasión, una idea del derecho asociada a la definición de la democracia como un «sistema de libertades, un tejido de garantías y derechos que los proteja de todo abuso de poder». Una legalidad comprometida con la justicia, para afirmar la vigencia de los derechos fundamentales y como arma para la defensa de la democracia.

Muchas son las categorías jurídicas que han estado en el fondo del debate desarrollado como parte del Informe de la CVR, y hay un largo recorrido en la argumentación jurídica que precede a este. Sin embargo, el enfoque propuesto en el citado Informe ha permitido —en los términos del profesor Javier Ciurlizza— proponer un uso «creativo e innovador» de las reglas substanciales de los derechos humanos, para hacer frente a la difícil realidad investigada. Precisamente, el balance relativo a la calificación jurídica de los delitos cometidos durante el período del conflicto suscitó un complejo escenario de preguntas. Estas debieron ser resueltas desde el derecho,

para establecer la gravedad de los hechos, develar las responsabilidades y definir las piezas básicas de una estrategia de justicia postconflicto, que permita llevar a juicio a los imputados, sin obviar la propuesta de un plan integral de reparaciones.

Concentrado en el problema que implica el «judicializar» los casos de violación de derechos humanos, el profesor Samuel Abad anticipa sobre los retos que ello supone, para evitar la erosión del sistema democrático, como resultado de la impunidad. El Informe de la CVR ha situado el tema «dentro de la necesidad de garantizar el derecho a la verdad». Este esfuerzo tiene un valor particular, pues incorpora una perspectiva de fuerte textura social e histórica, para dar vida a un principio cuya dimensión jurídica es una herramienta fundamental para avanzar en el terreno de la judicialización. No cabe desconocer los antecedentes del derecho a la verdad, forjados en el calor de los procesos de paz de otros países y en la propia actividad jurisprudencial internacional, pero quizá interese aún más el reconocimiento con el que hoy cuenta en nuestro ordenamiento, gracias a una sentencia del Tribunal Constitucional. En ese sentido, el derecho a la verdad establece un nexo muy preciso entre la práctica social y los instrumentos legales que garantizan el ejercicio de los derechos fundamentales y la justicia. Hay, en esta vital asociación, una agenda de temas que estuvieron en la estructura de la institucionalidad autoritaria, usada para enfrentar el fenómeno de la violencia política y el terrorismo. Se trata —como advierte Samuel Abad— de las leyes de amnistía que sirvieron como instrumentos de impunidad respecto de los responsables de graves violaciones de derechos humanos; de la falta de legitimidad de los estados de emergencia y su vínculo con los comandos políticos militares; de la denominada «justicia militar»; de la prescripción aplicada a las graves violaciones de derechos humanos y el hábeas corpus, revalorado como instrumento de garantía de los derechos fundamentales a través del cual ha sido posible, precisamente, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La calificación jurídica del proceso de violencia armada y terrorismo, desde el punto de vista de las normas del Derecho Internacional Humanitario, ha sido también materia de estudio en el Informe de la CVR. El punto de mayor atención estuvo radicado en el uso de la categoría de conflicto armado, cuyas consecuencias ya habían sido materia de serios desencuentros en el debate previo. La renuencia tenía como justificación la posibilidad de que ello permitiera, luego, que los integrantes de los grupos involucrados fueran beneficiados con el reconocimiento de la condición de prisioneros de guerra y la potencial concesión de leyes de amnistía. Probablemente, como anticipa la profesora Elizabeth Salmón, ese clima se explica como resultado de «la desconfianza y desconocimiento que han acompañado

al Derecho Internacional Humanitario en nuestro medio». Quizá por ello, la contribución de la CVR, en este particular aspecto, tiene un valor adicional, debido a su incidencia en el ámbito la cultura jurídica. En esa línea de razonamiento, la profesora Salmón propone una reflexión que busca presentar el sentido que las instituciones del Derecho Internacional Humanitario adquieren en el Informe de la CVR. El espacio provisto por este itinerario, debido al carácter expansivo de los principios que están en la base de los derechos humanos, hace posible articular de manera fluida el ámbito del derecho nacional con el del derecho internacional y, como consecuencia de ello, permite establecer relaciones de enorme valor estratégico para el proceso de enjuiciamiento de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos.

El presente número de *Derecho PUC* cuenta con el aporte, para la sección de académicos extranjeros, de dos de los más importantes juristas del mundo europeo: el profesor Stefano Rodotà de la Universidad de Roma «La Sapienza» y el profesor Alessandro Pizzorusso de la Universidad de Pisa. En ambos casos, los textos corresponden a la traducción, hecha con la autorización de sus autores, a cargo del profesor peruano Leysser León. Se trata de dos trabajos de muy reciente data que, en gran medida, corresponden a la necesidad de dar respuesta a distintos aspectos del horizonte de aprehensiones que el mundo contemporáneo suscita en el derecho. En el primero de ellos, el profesor Rodotà retoma el debate en torno a la tensión creada entre el derecho y los retos que representan los modelos posibles y reales de regulación de la ciencia y la tecnología. Como afirma el jurista italiano, la tensión entre el paradigma jurídico y el paradigma científico produce, aunque en medio de incertidumbres, la necesidad de lograr «el dominio de instrumentos disciplinarios diversos, y [...] tiene así mismo, la función de integrar el derecho en un contexto cultural más amplio». Por su parte, el profesor Pizzorusso enfrenta un problema complejo y de interés actual para los derechos nacionales, pero también para el proceso de consolidación de la Unión Europea. Se trata de la posibilidad, abierta a través de diversa jurisprudencia —prevalentemente constitucional en el caso italiano—, de reconocer la responsabilidad del Estado por el daño causado mediante de la actividad legislativa o por los actos de la administración pública. El panorama se presenta cargado de interrogantes, pero, al mismo tiempo, pleno de riqueza interpretativa, en un contexto en el cual, el derecho civil —a través de la regla en materia de responsabilidad— se convierte en una herramienta de definición para el derecho constitucional; pero donde, además, el juez ordinario adquiere un papel relevante, pues será él quien, luego de evaluar la ley, la Constitución o bien las normas comunitarias de Europa, tendrá la competencia para determinar la existencia del daño y para cuantificar su dimensión.

Como se anticipó, este número presenta un amplio apartado dedicado a los enfoques de carácter interdisciplinario a cargo de profesores nacionales. Precisamente, la sección se inicia con un trabajo del profesor Elmer Arce Ortiz, quien incursiona en un tema de permanente actualidad en nuestro país: la informalidad y su relación con el derecho. Con una reflexión provista de un tono sugerente y crítico, Arce busca desentrañar el entramado social, económico e ideológico del que se teje la informalidad en el Perú, analiza sus efectos y proyecta su impacto en el derecho, en el que, como consecuencia de los cambios generados por ella, se ha producido —en sus términos— «una adaptación en el sistema de fuentes», en cuya virtud, aquel habría «perdido su carácter piramidal y jerárquico».

La contribución de dos profesores principales de Derecho Constitucional de nuestra universidad está también presente en este número. La puesta en vigencia del denominado «Código Procesal Constitucional» es materia de un estudio a cargo del profesor Francisco Eguiguren Praeli, actual jefe del Departamento de Derecho, para dar cuenta de su estructura, del contenido de sus instituciones y de su implicancia como herramienta para fortalecer la protección de los derechos constitucionales. El profesor Domingo García Belaunde, por su lado, ofrece una didáctica perspectiva acerca de la evolución del derecho procesal constitucional como concepto. Su trabajo apunta las razones que explican la ausencia de esta categoría en el caso de los Estados Unidos; al mismo tiempo, pasa revista al estado de la cuestión en Europa y analiza la caracterización lograda en América Latina.

Un ensayo sobre las ideas políticas y el régimen en el Perú es propuesto por el profesor Eduardo Hernando. El trabajo, en los términos de su autor, se construye sobre la base del pensamiento político de Leo Strauss (1899-1973), filósofo conservador de origen alemán y radicado en la Universidad de Chicago. La propuesta de Hernando intenta abarcar cien años de historia republicana (1830-1930) e involucra, por ello, el pensamiento de autores que van desde los inicios de la república con Bartolomé Herrera y Benito Lazo, conservador el primero y liberal el segundo, hasta Haya y Mariátegui, que corresponden a los inicios de la tradición socialdemócrata y socialista en el Perú.

La incidencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la protección de los derechos humanos es objeto de un detenido análisis a cargo del profesor Luis Huerta Guerrero, tomando como marco de referencia tres casos sobre pena de muerte, en Trinidad y Tobago. Al final, la Corte Interamericana resolvió las controversias en forma conjunta, mediante una sentencia del 21 de junio del 2002. El estudio explora el itinerario procesal que se siguió ante la Corte, a la vez que proyecta algunas luces sobre los problemas y argumentos jurídicos que se produjeron durante este.

Para no olvidar que el consenso acerca de la necesidad de reformar el Código Civil peruano de 1984 es un tema aún no trabajado debidamente, el profesor Leysser León desarrolla una visión crítica del actual proceso y abre el espacio del debate hacia el enfoque interno y técnico que puede prevalecer en algunas de las respuestas normativas, así como hacia las perspectivas más ideológicas que, en un sentido o en el otro, están involucradas en el planteamiento general de la reforma.

También desde el terreno del derecho civil, el profesor Rómulo Morales desarrolla un estudio en torno a la indemnización por la no realización del hecho de tercero. En este esfuerzo, el autor explora los problemas jurídicos derivados de dicha relación, desde una perspectiva conceptual, sin perder de vista las consecuencias de tipo práctico, de notoria incidencia en el ámbito del contrato de seguros y en las reglas de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

De escaso estudio en nuestro medio, pese a su impacto cotidiano, las relaciones y tensiones entre la parodia y el derecho de propiedad intelectual, así como con la libertad de expresión, son materia de la investigación propuesta por Betzabé Marciani y Raúl Solórzano. Ambos profesores de la facultad comparten sus conocimientos y enfoques particulares para construir un trabajo rico en perspectivas y análisis de casos sumamente controversiales, para ilustrar las soluciones y los argumentos que han sido usados por la jurisprudencia, principalmente norteamericana.

El derecho penal también cuenta con la contribución de dos profesores de la Facultad de Derecho. En la primera de ellas, el profesor Iván Meini busca responder a la pregunta acerca de la determinación del momento desde el cual resulta penalmente relevante la participación, activa u omisiva, en la adopción de un acuerdo social y, al mismo tiempo, precisar el fundamento y el tipo de responsabilidad imputable en cada caso. En la segunda, el profesor y magistrado de la Corte Suprema, César San Martín Castro, emprende un estudio necesario en un tema, por cierto, fundamental: las relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la que procede de la jurisdicción ordinaria, con énfasis en la penal. La reflexión explora la dinámica institucional del sistema de justicia vigente en nuestro país, que prevé la asignación de competencias jurisdiccionales, marcadas, quizá, por la presencia relevante del Tribunal Constitucional. Este escenario produce no solo vasos comunicantes, asumidos institucionalmente, sino que genera —a juicio del profesor San Martín— fuertes tensiones que exigen un esfuerzo de racionalización para que el sistema, como conjunto, cumpla sus fines constitucionales.

Los profesores Mario Pasco Cosmópolis y Raúl Saco Barrios, desde el derecho laboral, proponen sus puntos de vista en torno a dos problemas

de interés. En el primero de ellos, el profesor principal, Mario Pasco, vincula la particular perspectiva del derecho laboral con un tópico propio de la teoría general del derecho, precisamente para la determinación de la norma más favorable, en función de un principio que así lo prevé. En segundo término, el profesor Saco ensaya una reflexión orientada a definir los requisitos que, en cuanto a número de afiliados se refiere, son necesarios para la constitución de sindicatos de empresa.

Entre las novedades de este número, según lo dicho líneas atrás, se incluye, en la parte final, una sección dedicada a las reseñas de las publicaciones de nuestros profesores, que también está abierta a las obras de derecho más recientes, como un aporte a la difusión del pensamiento jurídico y la crítica actual.

La continuidad histórica de *Derecho PUC* depende, esencialmente, del compromiso de quienes la hacen posible. Por esa razón, resulta indispensable agradecer a cada uno de los autores que han contribuido con sus reflexiones para el logro de este volumen. El agradecimiento sincero se extiende, igualmente, a Manuela Fernández (asistente de la Facultad) y a Roxana Rodríguez-Cadilla (alumna del último ciclo), quienes han complementado la labor necesaria para la coordinación y edición del presente número.

Si el autoritarismo y la intolerancia de la pasada década contribuyeron a erosionar la débil institucionalidad del país, es un reto permanente de la universidad y de quienes participan en ella realizar los esfuerzos necesarios para superar esa herencia. Como entidad universitaria, nuestra revista ha reafirmado esta apuesta con el respaldo del Consejo de Facultad, de nuestro Decano y del abierto compromiso institucional de los miembros del Consejo Editorial.

GORKI GONZALES MANTILLA
Editor General