

Presentación

La gran tensión del derecho occidental parece radicar en el origen de su propia justificación: constituir un orden frente a la violencia. Desde los prolegómenos del *Leviatán*, el concepto de sociedad ha sido definido por oposición fáctica a la configuración negativa, ideal y parcial representada por la violencia del orden anterior. El paradigma de derecho que surge de este contexto viene desprovisto de consideraciones sobre el sentido de la justicia y la moral. Es así como se construye, por ejemplo, la noción de neutralidad del derecho desde Kelsen¹. Y ese es el filón que se ha explotado desde distintos flancos de la teoría del derecho para justificar la hegemonía del derecho sin atenuantes de tipo moral.

La legalidad como expresión de la fuerza institucionalizada ha tenido diversos arribos prácticos. Los modelos políticos que la han utilizado no siempre se revelaron consistentes con la democracia representativa o si lo hicieron redujeron su expresión a las formas más básicas de esta. El propósito, no siempre oculto, estuvo orientado a la necesidad de imponer un modelo de organización social y política. El derecho en esta óptica cumplía una función solo legitimadora².

En países como el nuestro la violencia ha tenido formas de representación abiertas. Entre ellas, la imposición del derecho por encima de la realidad histórica y el autoritarismo —como argumento auto referente—, se integran a un concepto de lo jurídico banalizado por la fuerza de un

¹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México: Porrúa, 1993, pp. 79 y ss.

² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, pp. 38 y ss.

discurso pensado desde los textos de la dogmática eurocontinental de la primera mitad del siglo XX.

Las construcciones más recientes sobre la función del derecho tampoco evidencian su sentido histórico. Su tejido ideológico reverdece los postulados del positivismo, los simplifica (recuérdese la referencia a las «reglas claras» y, por ello, eficientes) y redimensiona a través de la eficiencia como criterio definitorio sobre el derecho.

El autoritarismo como factor ínsito del propio paradigma del derecho se refleja en la ausencia de procedimientos de deliberación pública o en la cooptación de los mismos por agentes institucionales. La hegemonía de las formas se transforma en la violencia subliminal de la práctica jurídica. Y la discrecionalidad de los operadores tolerada y auspiciada por el discurso jurídico prevaleciente opera como vaso comunicante de toda esta estructura³.

La indemnidad de estas fórmulas ha visto su erosión cuando ha tenido que hacer frente a la realidad plural, pero también cuando su coherencia evocaba la ausencia de igualdad o peor aún en la medida que sus argumentos eran propicios para la exclusión; en palabras de Hart, cuando el derecho no era capaz de exhibir razones fundadas en la moral para ser obedecido⁴. Así, la oposición y la protesta social se convierten en estigmas, al punto de ser calificados como símbolos de ideologías extrañas al sistema democrático. En esos casos, la tensión entre el derecho y la violencia se resuelve sin sutilezas, con la «razón de Estado» por encima de cualquier consideración histórica.

El número 61 de *Derecho PUC* está dedicado a brindar elementos de juicio sobre la forma como el derecho y la violencia, se mezclan en toda su intensidad. El elenco de trabajos que dan vida a este esfuerzo editorial se abre con «Un diálogo sobre la ley y la protesta social». El jurista argentino Roberto Gargarella presenta un plexo de razones a favor y en contra que han sido (o podrían ser) utilizados en la discusión sobre la protesta social, los derechos y la democracia (en una perspectiva deliberativa). Desde este escenario argumentativo, el profesor Gargarella sugiere al final que son los jueces quienes, a la hora de ocuparse de las protestas sociales, deberían adoptar

³ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p. 100.

⁴ HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968, pp. 247 y ss.

una concepción más robusta de la democracia. Una noción deliberativa que seguramente haría que sus decisiones fueran muy diferentes de las que están redactando actualmente, pues en esta perspectiva se entiende el valor de las expresiones disruptivas como inherentes a la democracia constitucional.

«La propiedad precarizada y violencia en los barrios antiguos» es el título del trabajo que el profesor Horacio Gago Prialé aporta a esta edición. En él se ocupa de estudiar la relación que existe entre la violencia y la falta de derechos de propiedad en las zonas tugurizadas de los antiguos barrios urbanos, con especial referencia a la ciudad de Lima. En líneas generales, Horacio Gago entiende que «ahí donde se redefine y masifique los derechos de propiedad en favor de los vecinos, el capital social tenderá a incrementarse y con este también el respeto a la ley y a la seguridad». Para el profesor Gago, la existencia de un sistema normativo será capaz de contener incentivos para eliminar la violencia y cauterizar sus rezagos en los barrios antiguos tugurizados, siempre que los mecanismos del sistema de derechos de propiedad recojan y reflejen las buenas prácticas sociojurídicas. A esta visión no escapa que la tugurización sea un resultado de un problema mayor: la precarización de la propiedad.

Desde otro ángulo, el profesor José Ugaz Sánchez-Moreno describe el caso de la «Violencia contra periodistas e impunidad» en busca de establecer si la impunidad de la que gozan los crímenes contra periodistas en la región —con especial atención a lo que ocurre en México y Colombia— obedece a una deficiencia legislativa o si, por el contrario, pese a la existencia suficiente de leyes y protección normativa, nos encontramos frente a un problema de aplicación de la ley, ajeno a la estructura legal. En ese sentido, y dada la pretensión de resolver los problemas de la realidad a través de la ley —sugiere José Ugaz—, no basta la creación de instituciones o programas especiales para investigar estos casos si estos no vienen dotados de capacidad funcional, autonomía y recursos suficientes, así como de unidad en los procesos. Sin duda, la falta de voluntad política para generar las condiciones que permitan investigaciones eficaces y oportunas es un factor importante en esta cadena.

El profesor Ugaz realiza una serie de recomendaciones que deberían involucrar un trabajo orgánico de las instituciones, la participación de actores internacionales, la utilización de diferentes herramientas legales como

los *amicus curiae*, la participación activa de la sociedad civil y la rendición de cuentas de las entidades responsables, así como el ejercicio de una labor mucho más crítica por parte de las Oficinas Defensoriales.

La profesora Violeta Bermúdez Valdivia reflexiona sobre los encuentros y desencuentros que existen entre la violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos, desde un enfoque de la normatividad de derechos humanos. La profesora Bermúdez Valdivia analiza tres manifestaciones de violencia contra la mujer: i) la violencia sexual en el matrimonio, ii) las prácticas compulsivas de control reproductivo y, iii) la violación sexual como crimen de lesa humanidad. Al respecto, la autora sostiene que «las intersecciones entre la violencia contra la mujer y su impacto en los derechos sexuales y reproductivos, resaltan la necesidad de transversalizar el enfoque de género desde el análisis, hasta la ejecución de políticas públicas», como estrategia para responder y enfrentar este grave problema.

En «El sistema jurídico y la violencia: una perspectiva ambiental», el profesor Pierre Foy reflexiona sobre la relación hombre-ambiente. Él parte de la premisa de que «las actividades humanas permanentemente han estado condicionadas por el entorno natural y ecológico». El progreso de la civilización, la creación de las ciudades y, en general, todo el proceso de avance de la «tecnósfera» (esfera creciente de intervención de la actividad humana expresada a través de la técnica), nos ha dejado como producto la crisis ecológica contemporánea. Esta tensión histórica no siempre es apreciada con la ponderación debida. Y no faltan, en este proceso, las visiones radicales de críticos o puristas que cuestionan el rol del progreso y las ventajas del bienestar. No obstante ello, gracias a la idea de progreso y al bienestar, el profesor Foy sugiere que el desastre es una expresión de la relación derecho, violencia y ambiente. Sus líneas nos invitan a reflexionar sobre ello.

Los hechos ocurridos en Ecuador con el bombardeo de la Fuerza Aérea Colombiana a una base de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) asentada en territorio ecuatoriano generaron una condena por parte de la mayoría de Estados en Latinoamérica. Sin embargo, tal hecho parecería contradictorio con relación a tesis como la de la globalización y flexibilización de las fronteras que estos mismos Estados defienden en otros contextos, como por ejemplo el económico. En «¿Flexibilizando el nomos?: globalización y soberanía en la era del terror», el profesor Eduardo

Hernando Nieto afirma que se hace indispensable evaluar la posibilidad de relativizar el ámbito de la soberanía, con el fin de luchar eficazmente contra aquellas fuerzas que buscan, precisamente, aniquilar no solo la organización estatal sino peor aún la unidad política. Para el profesor Hernando, así como en la teoría legal existe la figura del «paternalismo jurídico», en donde paradójicamente se restringe la voluntad individual a fin de salvaguardar la libertad personal, igualmente podría ser adecuado limitar temporalmente cierta forma de la soberanía estatal a fin de asegurar la unidad política, por cierto en un escenario de excepcionalidad o emergencia.

En el apartado dedicado a las colaboraciones interdisciplinarias, los profesores Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano proponen un texto de enorme relevancia en el momento actual: «El derecho en la tierra, o la importancia del inicio de la frontera terrestre para definir fronteras marítimas. El caso entre el Perú y Chile». Provisto de un arsenal de herramientas teóricas y a través de un agudo análisis, se busca establecer la relevancia de la definición del punto de la frontera terrestre, desde el cual se dará inicio a la delimitación de la frontera marítima. Este es el enfoque que permite establecer cuál sería el punto terrestre en el caso de la frontera entre Perú y Chile que daría lugar al inicio de su frontera marítima.

El trabajo de los profesores Novak y García-Corrochano enfila su esfuerzo argumentativo, develando el sentido de las diversas posiciones que al respecto mantienen el Perú y Chile. El trabajo busca explicar los fundamentos de hecho y de derecho que sostiene cada una de las posiciones, así como las razones que determinan la validez de la posición peruana.

El profesor Samuel B. Abad Yupanqui, examina el problema de la libertad religiosa como derecho fundamental. A partir de la evolución de las relaciones Estado-Iglesia en nuestro país, se ocupa del actual diseño de las mismas, conforme a lo dispuesto por la Constitución de 1993 y el Concordato suscrito con la Iglesia Católica en julio de 1980. Estudia, igualmente, los alcances de un proyecto de ley que pretende regular la libertad e igualdad religiosas. El trabajo del profesor Abad Yupanqui, da cuenta de los antecedentes constitucionales que muestran el itinerario del debate y sus consecuencias. El artículo retorna al análisis de la libertad religiosa y al principio de neutralidad como aspectos fundamentales para la consolidación de un Estado constitucional.

El profesor Mario Castillo Freyre, en co-autoría con Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya, brindan una mirada a la situación actual del arbitraje como institución jurídica en Latinoamérica. Luego de una breve introducción, se hace un recuento de la evolución del arbitraje en la década de 1990, repasando las diferentes normas que sobre el particular se han producido.

El profesor Omar Cairo Roldán rinde un póstumo homenaje a la obra constitucional de Pedro Planas. La tarea es ciertamente ardua pues a decir verdad, Planas fue capaz de construir un pensamiento de intenso compromiso con la realidad política de su tiempo. Sus textos llevan el sello de los valores de la democracia constitucional que fueron a la vez su apuesta vital. Los escritos que forman su obra y la pasión de su prosa dieron voz propia al discurso que su prédica optimista y desbordante supo imprimir en su labor docente, dentro y fuera de las aulas. Las páginas del profesor Cairo son un referente indispensable de todo este imaginario.

El profesor Joel Díaz Cáceda, en su texto «La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los derechos humanos», reflexiona en torno a la falta de efectividad de los mecanismos de protección. Toma como punto de referencia el carácter de la sociedad internacional en su conjunto y advierte su imposibilidad para hacer uso de la coerción —en los términos del derecho interno— por depender de la voluntad de los Estados, principales sujetos del Derecho Internacional. Esta es la puerta de entrada para debatir uno de los aspectos más críticos en este tema: la responsabilidad estatal, especialmente el tema de reparaciones.

En «El referéndum. Concepto general y regulación legal en el Perú», el profesor Hubert Wieland Conroy se ocupa de la importancia de la función desarrollada por el referéndum a lo largo de la historia, especialmente en asuntos relacionados con la descentralización y demarcación regional, así como respecto de la facultad del Congreso de la República en el marco de los procedimientos previstos para efectuar reformas constitucionales. El trabajo del profesor Wieland tiene por objeto contribuir al análisis preliminar del conjunto de la normatividad vigente que regula los distintos supuestos de referéndum.

En esta edición, *DERECHO PUC* presenta, gracias al profesor Manuel Atienza, el «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta». Nos encontramos, en el texto, frente a

lo que el profesor Atienza denomina: «una conversación amable, pero no obsequiosa», a propósito de la publicación del libro *El imperio de la ley. Una visión actual*, del profesor Laporta.

En el diálogo, Laporta ofrece una visión original de la racionalidad, de las normas, de los valores, de las fuentes del Derecho o de la interpretación; por su parte, el profesor de Alicante indaga sobre las críticas que hace Laporta al paradigma del constitucionalismo y al constitucionalismo contemporáneo. Para ello acuden a autores tales como Nino, Alexy, Dworkin, Ferrajoli, Schmitt, Kuhn, Bulygin, Herzen, Habermas, entre otros, para presentar de la mejor manera sus ideas y posturas.

Debemos pues, no solo recomendar la lectura del texto presente en la selección que ahora ofrece *DERECHO PUC*, sino encomendar fuertemente la lectura del libro de Laporta que, sin duda y de cara a la intensidad del diálogo reseñado, resulta imprescindible

* * *

A fines del año 2002, Armando Zolezzi Möller, entonces Decano de la Facultad, me encargó asumir la dirección de la revista *Derecho PUC*. La responsabilidad fue compartida con los profesores César Delgado Barreto, Gastón Fernández Cruz y Samuel Abad Yupanqui, en calidad de miembros del Consejo Editorial. Era un enorme privilegio y un reto muy grande por el significado histórico que esta revista guarda para el acervo cultural del país. Su permanencia en el tiempo y la relevancia que ha logrado mantener gracias a la voz de sus autores, la convierten en un espacio de auténtico compromiso con la investigación y la docencia más allá de la facultad. *DERECHO PUC*, en sus 64 años de vida, es una institución del país edificada por el pensamiento jurídico de nuestros profesores. Pero nuestra responsabilidad estaba provista además del influjo ético impuesto por Armando Zolezzi. Se trataba, por ello, de una poderosa combinación de valores institucionales y virtudes personales que marcaron nuestra tarea desde el inicio.

El itinerario impuesto contó con la renovación de la confianza del decano Javier Neves Mujica (2005-2008). Nuestro Consejo Editorial acompañó su gestión fiel a los principios compartidos desde que se tuvo el encargo. El entrañable compromiso que Javier Neves profesa por la facultad y la docencia, sirvió como estímulo para continuar con la responsabilidad, para mejorar y potenciar la presencia de *DERECHO PUC* en el mundo académico.

La tarea de estos años ha sido un permanente desafío. Cada volumen es el resultado de un proceso en el que se ha buscado dar testimonio del debate jurídico del país, para orientar sus perfiles más relevantes. Los autores y los temas elegidos son el resultado de una reflexión que el Consejo Editorial asumió con pasión, entrega y conciencia del valor institucional de cada una de sus decisiones.

El tiempo ha servido para afianzar el trabajo de nuestro equipo. Alternar con don César Delgado Barreto, Gastón Fernández y Samuel Abad ha sido un honor y privilegio. Las diferentes visiones generacionales, enfoques jurídicos y experiencias académico-profesionales, contribuyeron a enriquecer las perspectivas para articular una propuesta rigurosa e innovadora en cada edición de *DERECHO PUC*.

Todo debe cumplir su ciclo, por ello, nuestro Consejo Editorial, con fecha 1 de julio de 2008, acordó hacer entrega de los cargos. El principio es que las instituciones requieren renovarse para hacer frente a la realidad con más apertura y nuevas ideas. Esta consideración estuvo presente en nuestras mentes desde que se decidió asumir la responsabilidad por vez primera. Producida la elección del doctor Walter Albán Peralta como nuevo decano, cumplimos con formalizar la decisión y agradecer por la oportunidad brindada.

Ha sido crucial el apoyo de Roxana Rodríguez-Cadilla y, posteriormente, de Martín Soto Florián, Kenny Díaz Roncal y Diego Ganoza Espinoza para la labor de corrección de cada número. Junto a ellos, el apoyo de Edward Venero, profesor de la Facultad de Arte, fue clave para repensar la propia imagen que *DERECHO PUC* ofrece en forma inconfundible desde su último número.

El trabajo de nuestro equipo no hubiera sido posible sin el apoyo comprometido y el cariño de Manuela Fernández. Parece impensable que las instituciones evolucionen para bien sin estos requisitos. Nosotros los tuvimos en cantidades generosas.

Gorki Gonzales Mantilla
Editor General
Revista *Derecho PUC*