

## ÍNDICE

Presentación.....	7
<i>Enrique Sotomayor Trelles</i>	

### PARTE I TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO: CUESTIONES METODOLÓGICAS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

#### **Verdad y derecho**

*Miguel León Untiveros*

1. Introducción.....	23
2. De Aristóteles a Kripke.....	24
3. Verdad y Derecho: consideraciones finales.....	33
4. Bibliografía.....	34

#### **¿Una o varias teorías del derecho?**

##### **Una mirada al problema conceptual y de la naturaleza del derecho**

*Lily Ku Yanasupo*

1. Concepto y naturaleza.....	41
2. El objeto de la teoría del derecho.....	44
3. Una o varias teorías del derecho.....	51
4. Bibliografía.....	53

#### **La filosofía del derecho de filósofos y de juristas**

*Félix Morales Luna*

1. Introducción.....	55
2. El sentido de la distinción en Norberto Bobbio.....	56
3. Las limitaciones de la ciencia jurídica. La crítica de Recasens Siches.....	61
4. Ciencia, filosofía y derecho.....	63
5. Bibliografía.....	67

## ÍNDICE

### **Jueces, juristas y pretensión de corrección. Algunas consideraciones de pragmática jurídica**

*Silvia Zorzetto*

1. Introducción.....	69
2. Corrección: concepto y concepciones .....	72
3. Corrección: (i) “del” derecho, (ii) “en el” derecho, (iii) “para” el derecho.....	76
4. La pretensión de corrección como cuestión de macro-pragmática jurídica.....	80
5. Bibliografía .....	85

### **El impacto de la interpretación jurídica en la aplicación temporal de las normas: a propósito de la distinción entre disposición y norma**

*Fabiana Orihuela Silva*

1. La <i>relevancia</i> de la interpretación jurídica.....	90
2. Objeto de la interpretación jurídica: a propósito de la distinción entre disposición y norma.....	93
3. Teorías de la interpretación jurídica.....	94
4. Herramientas para <i>llegar</i> de la disposición a la norma jurídica (los denominados métodos de interpretación).....	96
5. Sobre la incidencia de la interpretación en la aplicación de las <i>normas</i> en el tiempo .....	98
6. Bibliografía .....	101

## PARTE II

### **PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DEL POSITIVISMO Y REALISMO JURÍDICOS**

#### **Lo defendible en el positivismo jurídico contemporáneo. Las razones legítimas de un constitucionalismo positivista**

*Juan José Janampa Almora*

1. Introducción.....	105
2. La postura que defiende una ciencia práctica. La “ <i>insuficiencia</i> ” de la separación entre el Derecho y la moral correcta.....	106
3. La forma de acercarse al conocimiento – <i>approach</i> – o a la ciencia jurídica. Una introducción desde los clásicos.....	109
4. El desafío del positivismo jurídico en el constitucionalismo contemporáneo .....	112
5. ¿Cuáles son las razones que hacen legítima la defensa de la separación entre el Derecho y la moral correcta?.....	117
6. Conclusiones.....	120
7. Bibliografía .....	121

#### **Sistemas normativos, lógica y derecho**

*Miguel León Untiveros*

1. Introducción.....	125
----------------------	-----

## ÍNDICE

2. Sistema normativo y sistema jurídico .....	125
3. Bibliografía .....	137

### **Problemas contemporáneos del realismo jurídico. Notas sobre el emotivismo guastiniano: un piropo desde la neuroética**

*Gabriel Eduardo Uscamayta*

1. El punto de partida, la entrevista .....	143
2. Principales tesis del realismo (genovés).....	146
3. La situación del emotivismo hoy: ¿Qué puede aportar (y qué no) la neuroética?	151
4. Conclusiones.....	154
5. Bibliografía .....	155

## PARTE III DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA

### **Justicia, economía y argumentación jurídica. Un análisis genealógico desde la filosofía política**

*Roger Merino*

1. Introducción .....	159
2. La justicia en la Filosofía Política .....	160
3. La justicia como argumentación .....	164
4. La justicia como mercado .....	169
5. La justicia no se puede entender sin el poder: reflexiones conclusivas .....	177
6. Bibliografía .....	179

### **Entre lo político y lo jurídico: el derecho como herramienta de estabilización democrática**

*Noemí Ancí Paredes*

1. Introducción .....	185
2. Legitimidad social y libertad individual .....	186
3. Libertad, constitucionalismo e imperio del Derecho.....	188
4. Democracia mayoritaria y dominación .....	189
5. Democracia deliberativa, Derecho y argumentación.....	191
6. Desacuerdos interpretativos profundos .....	193
7. Bibliografía .....	197

### **El liberalismo como fundamento material del estado constitucional**

*Vanessa Tassara Zevallos*

1. ¿Qué es la filosofía política?.....	200
2. Conceptos clave para entender el significado del liberalismo como filosofía política .....	201
3. El liberalismo como fundamento material del Estado constitucional.....	208

## ÍNDICE

4. Conclusión.....	210
5. Bibliografía .....	210

### **El debate sobre la imposición de la moral y la protección de uno mismo: el moralismo y el paternalismo en el derecho**

*Leandro Cornejo Amoretti*

1. Resumen .....	213
2. Introducción .....	214
3. Moralismo jurídico .....	217
4. Sobre el paternalismo .....	221
5. El concepto de paternalismo .....	224
6. La justificación del paternalismo .....	230
7. Bibliografía .....	233

### **El proceso constituyente como espacio de deliberación: la irrelevante posición de la violencia política en el proceso de elaboración de la constitución de 1979 y 1993**

*Galimberty R. Ponce Flores*

1. Introducción .....	237
2. Constitución: génesis, noción y articulación social.....	238
3. La aparición de la violencia política en el país .....	239
4. La Constitución frente a la violencia política .....	241
5. Conclusiones.....	253
6. Bibliografía .....	254

## PARTE IV

### **EL DERECHO PROCESAL Y PROBATORIO DESDE EL LENTE DE LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

#### **El concepto de “proceso” entre estructura y función**

#### **Bases para un necesario diálogo entre derecho procesal, teoría y filosofía del derecho (parte 1: dimensión estructural)**

*Renzo Cavani*

1. Premisa .....	259
2. Devaneos en torno a la identificación entre “proceso” y “relación jurídica procesal” .....	261
3. Una teoría del hecho jurídico.....	263
4. Situación jurídica, relación jurídica y relación jurídica procesal .....	269
5. Proceso, hecho jurídico y procedimiento .....	274
6. Conclusiones .....	280
7. Bibliografía .....	281

## ÍNDICE

### **El deber de justificar (racionalmente) la cuestión fáctica de un caso**

*César Higa Silva*

1. Una defensa realista de la realidad .....	288
2. La complejidad del análisis de la evidencia de un caso y la capacidad racional y epistémica del Juez para realizar dicha tarea .....	290
3. La importancia de una metodología de análisis de la cuestión fáctica .....	294
4. ¿Existe una metodología de análisis de la cuestión fáctica en el ordenamiento jurídico peruano? .....	296
5. Hacia una metodología de análisis y evaluación de los hechos de un caso.....	302
6. Palabras finales .....	305
7. Bibliografía .....	305

## PARTE V

### **DEBATES CONTEMPORÁNEOS ABIERTOS**

#### **Sobre el fundamento y límites de la libertad de expresión, y su relación con el discurso de odio (*hate speech*)**

*Enrique Sotomayor Trelles*

1. Planteamiento del problema: libertad, error y el mercado de las ideas.....	311
2. El fundamento de la libertad de expresión .....	314
3. Límites de la libertad de expresión .....	316
4. A modo de conclusión .....	320
5. Bibliografía .....	321

#### **Matrimonio y posmodernidad: bases para la noción del matrimonio en la sociedad posmoderna**

*Christian Guzmán Arias*

1. Introducción .....	325
2. La sociedad y el matrimonio .....	326
3. El derecho y el matrimonio.....	332
4. El matrimonio en la posmodernidad .....	335
5. Colofón.....	345
6. Bibliografía .....	346

#### **Interrupción voluntaria del embarazo, una mirada desde la bioética jurídica**

*Paula Siverino Bavio*

1. Introducción .....	347
2. Bioética Jurídica.....	348
3. Interrupción voluntaria del embarazo y derechos humanos .....	352
4. La cuestión de la ética pública.....	358
5. A modo de colofón .....	359
6. Bibliografía .....	359

## ÍNDICE

### **¿Son nulas las notificaciones efectuadas en días inhábiles?: Un ejercicio argumentativo**

*Jaime Lara Márquez*

1. Introducción .....	361
2. Razonando desde los principios .....	362
3. Notificaciones en días inhábiles .....	364
4. ¿Está regulada la notificación de los actos tributarios en días hábiles e inhábiles? .....	365
5. Bibliografía .....	373

## PARTE VI

### **PERSPECTIVAS CRÍTICAS SOBRE EL DERECHO**

#### **Hacia la descolonización del estudio académico del derecho: reflexiones metodológicas**

*Bruno Adriano Delgado Taboada / Pamela Portocarrero Pereira*

Introducción .....	377
1. Derecho y Método: la “imposibilidad metodológica” del Derecho como ciencia. ....	378
2. De la colonización “interdisciplinaria” a la debida emancipación del estudio académico del Derecho .....	384
3. Conclusiones.....	391
4. Bibliografía .....	392

#### **¿Es el derecho patriarcal? ¿Qué podemos hacer para cambiarlo?**

*Rita Del Pilar Lucila Zafra Ramos*

1. ¿Por qué es importante saber si el Derecho es patriarcal?.....	397
2. El Derecho creado por hombres.....	398
3. El derecho basado en la mirada androcéntrica .....	399
4. ¿Qué podemos hacer al respecto? .....	401
5. Más allá de la igualdad y no discriminación: el principio de no sometimiento ...	405
6. Conclusiones.....	407
7. Bibliografía .....	407

#### **Derecho y segregación urbana. El impacto de la regulación nacional en la diferenciación espacial**

*Tania Herrera Romero*

1. Regular la vivienda desde el Estado: acción vital para la acumulación de capital. ....	411
2. Visibilizar la segregación habitacional: barrio por barrio y casa por casa.....	416
3. Por un análisis estructural en el estudio de la segregación urbana .....	421
4. Bibliografía .....	422

Sobre los autores .....	427
-------------------------	-----

## PRESENTACIÓN

*Enrique Sotomayor Trelles*

Dos actitudes han caracterizado a la mayor parte de la exigua producción académica sobre teoría y filosofía del Derecho en nuestro país hasta la actualidad: una recepción acrítica de argumentos, posturas y teorías provenientes de los centros de producción –principalmente europeos–, y una lectura selectiva, sesgada y fragmentaria de autores, potenciada en muchos casos por la poca disponibilidad de las obras en lenguas originales o en ediciones críticas y completas. Estos dos problemas, además, se han visto alimentados por un entorno en el que el quehacer teórico del Derecho es postergado frente a las exigencias de la vida profesional. En el Perú, producir intelectualmente, y más aún en disciplinas como la teoría y la filosofía del Derecho, es un privilegio que pocos se pueden dar a tiempo completo, y que los demás deben asumir como una actividad adicional a sus quehaceres profesionales, casi un divertimento de tiempo libre. Eso, antes que avergonzarnos, nos debe hacer contemplar la empresa con cierto orgullo: en nuestro país se trabaja con pulsión y compromiso las mismas cuestiones que en otras latitudes forman parte de una rutina cansina. Hay ciertamente muchas barreras y dificultades, principalmente asociadas a la mediocridad de nuestras universidades y facultades de Derecho, así como al desinterés estatal en fomentar una cultura de educación e investigación, pero es hoy también una oportunidad inmejorable para comenzar a producir literatura académica que compita en calidad y rigor con aquello que se produce en países y universidades de élite.

Es por demás interesante, en el contexto hasta aquí descrito, que la presente obra se publique en una editorial de la ciudad en la que surgió la más interesante vanguardia literaria del siglo XX. En 1926 aparecía en Puno el *Boletín Titikaka*, publicación seminal del grupo Orkapata, donde en años sucesivos publicarían figuras como Gamaliel Churata, Dante Nava o Emilio Armaza. De todos ellos, quien mostró una más marcada inclinación filosófica fue Churata: en *El pez de oro* y *Resurrección de los muertos* se vislumbran reflexiones agudas sobre el impacto que la

cultura europea produjo en la cosmovisión andina y altiplánica. Pero es *Resurrección de los muertos* donde ese proyecto adopta una forma polémica, al presenciar un diálogo entre la figura del Profesor Analfabeto –alter ego de Churata– y el mismo Platón. La sola formulación en forma de diálogo es ya un acto de rebeldía por parte de Churata, pues no hay un sabio que comunica conocimiento de forma pasiva y acrítica al auditorio, no hay relación de sujeción, sino una interacción entre pares signada por la ironía. El Profesor Analfabeto puede desconocer muchas cosas pero la agudeza de pensamiento se antepone en numerosos fragmentos a la erudición vana. Ese potencial de rebeldía e inteligencia, sumado a ciertas dosis de eclecticismo, es el legado más importante que debemos rescatar de Churata para la posteridad, y es ciertamente el que aquí quiero rememorar como directriz de la presente publicación. Puno es, entonces, una tierra de vanguardias, y como tal, este volumen busca establecerse como la vanguardia de la teoría y filosofía del Derecho en nuestro país.

Asimismo, es pertinente mencionar algunas cuestiones preliminares sobre el proceso de elección temática y de autoría para la presente obra. En primer término, se seleccionó un conjunto de problemáticas diversas pero relevantes para las discusiones de nuestro país. En dicho proceso de selección se incorporaron voces provenientes tanto del Derecho como de otras disciplinas –entre estas la filosofía, lógica, geografía crítica y ciencia política– bajo la premisa de que la teoría y filosofía del Derecho es un campo interdisciplinario en el que múltiples miradas contribuyen a una mejor comprensión del objeto de estudio. El lector encontrará nuevas voces entre las páginas de este libro, y por momentos se preguntará cómo fue posible que no supiera antes de algunas y algunos de los autores/as. Ciertamente esta es una elección editorial difícil, pues el prestigio asegura réditos económicos. Sin embargo, el proyecto de Zela apuntó a la calidad antes que a la presencia de nombres, y por ello hoy tenemos una obra de calidad por los temas y enfoques abordados, sin desconocer que en muchos autores/as confluyen calidad y prestigio.

Finalmente, en la selección de las/os autoras/es para esta obra, se partió de la premisa de que el sistema académico –como el resto de ámbitos sociales– está penetrado por estructuras sexistas en las que se suele concluir, aunque muchas veces a voz susurrante, que las mujeres no poseen potencial para la producción teórica. Esa idea es claramente errada y las páginas escritas por autoras de este libro lo prueba. La elección, entonces, no tuvo que recurrir a la noción de “cuota de género” para legitimarse.

La apuesta está hecha, y depende de los lectores y lectoras de este libro iniciar una discusión con sus autores/as, e ir forjando un entorno de discusión académica.



Si los artículos de este volumen contribuyen a ese diálogo crítico, y no son injustamente ignorados, el mismo habrá logrado ampliamente su cometido.

## **PARTES Y TEXTOS**

El volumen está dividido en seis secciones: cuestiones metodológicas e interpretación jurídica, problemas contemporáneos del positivismo y realismo, Derecho y filosofía política, la relación entre la teoría y filosofía del Derecho y el Derecho procesal y probatorio, algunos debates presentes en la agenda pública latinoamericana y perspectivas críticas sobre el Derecho.

La primera parte cuenta con cinco artículos elaborados por Miguel León, Lily Ku, Félix Morales, Fabiana Orihuela y la profesora italiana Silvia Zorzetto, respectivamente. En los mismos se abordan cuestiones metodológicas que son precondiciones para un estudio sistemático de la teoría y filosofía del Derecho. En *Verdad y Derecho*, Miguel León aborda las múltiples relaciones entre la noción epistemológica de verdad y Derecho, a partir de un catálogo de teorías de la verdad, y, en concreto, respecto de tres variantes de la teoría de la correspondencia: de Aristóteles, Tarski y Kripke. La pregunta que subyace al abordaje de León consiste en las condiciones que permiten que un enunciado jurídico como “el contrato *c* es válido” sea verdadero o falso. La conclusión del autor es negativa, en el sentido de que respecto del Derecho no es aplicable una teoría de la verdad por correspondencia, pues ello supone un lenguaje apofántico o enunciativo, y que el lenguaje en el que se expresan las disposiciones o textos normativos no es uno de tipo formalizado. Así, en vista de que muchos conceptos jurídicos como el de dolo no hacen sola referencia al mundo físico, no es aplicable una noción de verdad por correspondencia. No obstante, el artículo finalmente propone una línea promisorio de investigación en términos de la teoría de las probabilidades. Es importante mencionar que, en su discusión, León no elude la compleja cuestión de una lógica de imperativos, tema que fue objeto de su tesis doctoral en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En *¿Una o varias teorías del Derecho? Una mirada al problema conceptual y de la naturaleza del Derecho*, Lily Ku presenta una aproximación amplia y solvente de las discusiones sobre el objeto de la teoría del Derecho. Estas discusiones parten, de acuerdo a la autora, de un análisis conceptual pero no se agotan en el mismo. Es precisamente a partir del cuestionamiento de las estrategias de tipo conceptual que se pueden trazar tres caminos divergentes: una defensa atrincherada del método conceptual, la estrategia que Ku llama esencialista y el método interpretativo. Dichas metodologías se ven materializadas en la obra de H. L. A. Hart, para el caso del

análisis conceptual; Joseph Raz, para el caso de la estrategia esencialista; y Ronald Dworkin para el caso de la estrategia interpretativa. El *pluralismo conceptual*, entonces, es un rasgo distintivo y generalizado de las discusiones de teoría del Derecho contemporáneas. No es de extrañar, por ende, que conceptos diversos de Derecho tengan como consecuencia una pluralidad de teorías sobre el mismo, ya sea que se asuma una actitud descriptiva, esencial o valorativa.

En *La filosofía del Derecho de filósofos y juristas*, Félix Morales retorna sobre una discusión relevante, a partir de la obra de Norberto Bobbio, para el devenir de la filosofía del Derecho del siglo XX: aquella referente a los abordajes de filósofos y de juristas. Morales plantea dicha cuestión a través de una figura dilemática: “tener una filosofía del derecho no propiamente filosófica (si llevada a cabo por juristas) o no propiamente jurídica (si llevada a cabo por filósofos)”. Retomando esta discusión, recuerda Morales, Riccardo Guastini ha presentado ambas estrategias a través de las metáforas de una filosofía del Derecho construida *desde arriba* (la de los filósofos), como parte de proyectos filosófico-sistemáticos más comprehensivos, versus una filosofía del Derecho *desde abajo* (la de los juristas), construida a partir de problemas conceptuales surgidos al interior de la práctica jurídica. Ahora bien, los autores que han seguido la senda de la escuela analítica terminaron –al igual que el propio Bobbio– prefiriendo las pretensiones analíticas de la filosofía del Derecho de los juristas, por sobre la aspiración de síntesis de los filósofos interesados en la parcela del Derecho. En el caso de Bobbio, ello se debió a una adhesión a los postulados del empirismo lógico, reacio frente al idealismo metafísico. El resultado de todo este proceso consistió en una nueva y vigorosa defensa del positivismo jurídico como aproximación científica frente a su objeto de estudio. Frente a esta primera línea de desarrollo de la discusión se oponen reconstrucciones alternativas como la que ofrece Recasens Siches. A diferencia de Bobbio, Recasens se muestra escéptico frente al auge del positivismo jurídico, pues opina que el mismo sufre de limitaciones tanto internas –es decir, respecto a sus supuestos básicos– como externas –que tienen que ver con las ideas que dotan de sentido al Derecho–. La salida, entonces, se encontraría del lado de una axiología del Derecho. En una versión más contemporánea de esta línea crítica, Morales apunta que la estrategia de parcelación científico-positivista fue como su propia espada de Damocles: lo guarnecía metodológicamente pero lo encerraba y distanciaba de las dimensiones práctica y valorativa del objeto de estudio. Por ello Morales aboga por una superación de las restricciones de un positivismo bobbiano, pero sin olvidar las importantes enseñanzas del mismo. Siguiendo, en este extremo, el reciente debate entre Atienza y Vega, el autor propone una reflexión dialéctica entre filosofía y teoría del Derecho, en buena cuenta, una filosofía del Derecho *desde el medio*.

En cuarto lugar, en *Jueces, juristas y pretensión de corrección. Algunas consideraciones de pragmática jurídica*, Silvia Zorzetto –una de las principales exponentes de la escuela de Milán– realiza un ejercicio de clarificación sobre la pretensión de corrección. En este trabajo, la autora toma como referencia las tesis de Dworkin sobre la respuesta correcta y la de Alexy sobre la pretensión de corrección respectivamente. El análisis se inicia con una referencia a los conceptos y las concepciones que se atribuyen al sintagma “corrección”, arribando a la conclusión de entender “corrección” como sinónimo de “correcto”. A continuación aclara que lo “correcto” debe ser entendido como “conformidad a las reglas establecidas”. Luego, pasa a identificar que el error en las tesis de Dworkin y Alexy radica en que estos no señalan qué entienden por corrección y qué es lo que puede predicarse de la misma. Frente a esta deficiencia, Zorzetto propone tres acepciones en las cuales la corrección es susceptible de ser aplicada: i) corrección “del” derecho; ii) corrección “en el” derecho; y, iii) corrección “para el derecho”; señalando que es en la corrección “en el” derecho (corrección de la aplicación del mismo) donde radican las ideas de universalizabilidad y conformidad de acuerdo a reglas. Finalmente, la profesora llega a la conclusión de que la pretensión de corrección es un “meta argumento” y que dicha pretensión se muestra en el razonamiento jurídico (sea sobre hechos o estrictamente jurídico) como un ejercicio excluyente de hipótesis jurídicas para la decisión de un caso.

Finalmente, en *La distinción entre disposición y norma, y la necesidad de teorizar (más) sobre su aplicación en el tiempo*, Fabiana Orihuela plantea con claridad la distinción entre disposición y norma, los métodos interpretativos y presenta el problema de la aplicación de las normas en el tiempo. El problema planteado por Orihuela surge cuando una persona –por ejemplo, un ciudadano– atribuye determinado sentido  $S_1$  a cierta disposición normativa.  $S_1$ , entonces, se convierte en una norma, y en tanto tal se hace una razón para la acción del ciudadano. No obstante, si con posterioridad un juez interpreta la misma disposición normativa pero le atribuye el sentido  $S_2$ , ¿ello supone una aplicación retroactiva –respecto al ciudadano– de la disposición? El problema, entonces, se vincula con la dimensión prescriptiva de la predictibilidad de las normas.

La segunda parte de este volumen plantea algunos problemas relevantes para el positivismo y realismo jurídicos contemporáneos. Tres autores se abocan al análisis de dichas cuestiones: Juan José Janampa, Miguel León y Gabriel Uscamayta.

En *Lo defendible en el positivismo jurídico contemporáneo. Las razones legítimas de un constitucionalismo positivista*, Juan José Janampa plantea una vehemente defensa del positivismo jurídico –frente a un cúmulo de teorías críticas, entre las

cuales se encuentra el neoconstitucionalismo— en el contexto del Estado Constitucional. De esta forma, el autor pone en cuestión los lugares comunes, ampliamente difundidos, sobre la supuesta insuficiencia del positivismo para dar cuenta de los cambios producidos en un contexto de revaloración de la Constitución. En palabras del autor, “[su estudio] pretende defender que los cambios ocurridos en los sistemas jurídicos no son incompatibles con el carácter descriptivo de la ciencia jurídica y con la separación entre el Derecho y la moral correcta”. El camino seguido por Janampa lo lleva a pasar revista por algunos de los clásicos del positivismo jurídico —entre ellos Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Bobbio— para finalmente optar por un modelo de constitucionalismo positivista que, en otras latitudes, han defendido autores como Luis Prieto Sanchís.

En un segundo ensayo escrito para este volumen, Miguel León presenta una reconstrucción de las herramientas lógicas y matemático-formales de las que se valieron autores como Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin para elaborar su propuesta de sistemas normativos en un texto ya clásico para la filosofía del Derecho hispanoamericana (y, en general, mundial). Dicha construcción, en palabras de León, se asienta sobre la noción de sistema deductivo, que los autores argentinos<sup>1</sup> toman de la obra de Alfred Tarski. Asimismo, otra de las herramientas formales que León explica con solvencia es la lógica deóntica estándar.

En tercer término, Gabriel Uscamayta —el autor más joven de este volumen— propone un repaso crítico de uno de los rasgos distintivos del realismo jurídico del profesor genovés Riccardo Guastini: su postura emotivista en filosofía moral. Para ello, Uscamayta recalca sobre fragmentos cruciales de una entrevista elaborada por Manuel Atienza al autor genovés para el número 27 de la revista *Doxa*. A continuación, y frente al aparente ocaso del emotivismo como una posición popular en filosofía moral, Uscamayta se pregunta si la neuroética puede aportar nuevos elementos para reavivar el debate. Dando cuenta de ciertos hallazgos en neuroimágenes, así como del intuicionismo social de Haidt, Uscamayta argumenta —siguiendo en este extremo a Gonzáles Lagier— que las neuroimágenes han mostrado que el razonamiento moral activa zonas del cerebro relacionadas con las emociones: “de acuerdo a los resultados de las neuroimágenes se ha detectado que cuando el sujeto (x) se encuentra frente a un dilema moral (y), las áreas cerebrales que se matizan son aquellas que están ligadas a las emociones e intuiciones”. En referencia al intuicionismo social de Haidt, este sostiene que los juicios morales son producto de un impacto emocional que es racionalizado solo *ex post facto*. Por ello, recurrir

---

1 Aunque vale aclarar que Eugenio Bulygin nació en Ucrania.

directamente a estrategias racionalistas sería inidóneo para afrontar los desacuerdos morales.

La parte III del libro es la más voluminosa y está dedicada a las múltiples relaciones entre el Derecho, la filosofía del Derecho y la teoría y filosofía política. A la aclaración de múltiples dimensiones de esta relación se dirigen los ensayos de Roger Merino, Noemí Ancí, Vanessa Tassara, Leandro Cornejo y Galimberty Ponce.

En *Justicia, economía y argumentación jurídica. Un análisis genealógico desde la filosofía política*, Roger Merino ofrece un acercamiento sobre los fundamentos filosófico-políticos del Análisis Económico del Derecho, de un lado, y de la teoría de la Argumentación Jurídica (sobre todo en su versión estándar), por otro. Una conclusión de la revisión emprendida por Merino es que a pesar de las marcadas diferencias entre ambos enfoques de investigación –por ejemplo, en cuanto a sus teorías de la justicia–, existen ciertas premisas comunes deudoras del proyecto de la modernidad filosófica: “[a]unque ambas escuelas equiparan la justicia, ya sea con la argumentación ya sea con las decisiones libres realizadas en el mercado, y se desarrollan sobre diversas fuentes de Filosofía Política, comparten las mismas bases ontológicas y epistemológicas: la idea de racionalismo, universalidad y neutralidad del proyecto moderno”.

En un original ensayo titulado *Entre lo político y lo jurídico: el Derecho como herramienta de estabilización democrática*, Noemí Ancí plantea dos perspectivas para analizar la relación existente entre el Derecho y la política: desde el punto de vista de la producción del mismo, y desde el punto de vista de su aplicación. Así, a partir de esta doble perspectiva de análisis, la autora propone cuatro formas en que Derecho y política se retroalimentan. Del lado de la producción se plantean dos vínculos: a través de requisitos formal-procedimentales de “deliberación pública bajo condiciones de libertad e igualdad”; y condiciones sustanciales que remiten, en última instancia, a la noción de legitimidad social. Por su parte, del lado de la aplicación, la relación también es bifronte: aquellos casos que afronta un juez –principalmente constitucional– y que representan auténticos desacuerdos políticos, que, finalmente, lo enfrentan al ámbito político; y el empleo de argumentaciones basadas en una pretensión fuerte de corrección.

Por su parte, en *El liberalismo como fundamento material del Estado Constitucional*, Vanessa Tassara plantea de forma didáctica la que considera es la fundamentación filosófico-política del Estado Constitucional. La autora sitúa dichos fundamentos en las premisas del liberalismo político, entendido este como un entramado en el que las nociones de igualdad, justicia y democracia articulan una concepción sobre la vida social en común. Uno de los rasgos más interesantes del

trabajo de Tassara consiste en incorporar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en un diálogo filosófico-político. Interpelar a las cortes ha sido un rasgo distintivo de la filosofía política, moral, y, en general, práctica, de otras latitudes académicas –como Estados Unidos, Alemania o Italia– pero era un rasgo ausente en las reflexiones planteadas desde nuestro contexto. El trabajo de Tassara supone, entonces, un esfuerzo para acercar a las cortes como interlocutoras válidas en las discusiones filosófico-políticas.

Finalmente, la sección concluye con un amplio estudio sobre el moralismo y paternalismo en el Derecho, elaborado por Leandro Cornejo (*El debate sobre la imposición de la moral y la protección de uno mismo: el moralismo y el paternalismo en el Derecho*) y con un ensayo sobre constitucionalismo transicional durante el periodo de violencia armada interna que vivió nuestro país hasta mediados de la década del noventa, a cargo Galimberty Ponce (*El proceso constituyente como espacio de deliberación: la irrelevante posición de la violencia política en el proceso de elaboración de la constitución de 1979 y 1993*).

En el caso del ensayo de Cornejo, el autor viene trabajando el entramado entre paternalismo, moralismo y perfeccionismo jurídico desde hace varios años, lo que garantiza una mirada penetrante sobre un debate recurrente como esquivo. Frente a las elecciones definicionales disponibles en la literatura especializada, el autor propone conceptos que eviten una carga valorativa negativa (a lo que llama, siguiendo a Hart, *definitional stop*). Luego de ofrecer una definición tanto del moralismo como del paternalismo, Cornejo concluye ahondando en la justificación del paternalismo, la misma que consta de seis condiciones que se transforman en un escrutinio analíticamente exigente para el abordaje de casos.

Por su parte, Ponce propone una suerte de genealogía sobre los procesos constituyentes que dieron lugar a las Cartas de 1979 y 1993. Tomando en cuenta premisas contemporáneamente asociadas al modelo deliberativo de democracia, plantea una crítica al enfoque instrumental y marcadamente punitivo frente al problema del terrorismo. Una lección importante de su análisis es que no se puede descartar todo el discurso de los grupos terroristas, pues tanto una de las premisas de las que estos partieron –la demanda de justicia social en un Estado ampliamente excluyente– como los sectores de la población que en algún momento se entusiasmaron con la prédica radical, excluyendo el elemento violentista, debieron ser tomadas en cuenta como parte de un proceso amplio de diálogo sobre el proyecto nacional peruano.

La parte IV del volumen supone un intento de acercamiento entre el Derecho procesal y probatorio y la teoría y filosofía del Derecho. Proyectos semejantes se vienen llevando a cabo, para el caso del análisis y epistemología de la actividad y

el razonamiento probatorios, en otros entornos académicos –pensemos sino en la obra de autores como Larry Laudan, Susan Haack o Douglas Walton en el ámbito angloparlante, o los ya clásicos trabajos de Michele Taruffo y otros más contemporáneos de Daniel González Lagier, Marina Gascón, Jordi Ferrer o Cármen Vázquez en el ámbito hispano e italoamericano– pero la doctrina procesal y probatoria nacional ha estado preocupantemente alejada de las discusiones teóricas. Ello no solo ha empobrecido el potencial analítico de las discusiones, como apunta Cavani en su ensayo, sino que ha dado como resultado una gran dificultad para entablar diálogos fructíferos entre procesalistas y teóricos del Derecho. Renzo Cavani y César Higa tuvieron, entonces, a su cargo la difícil tarea de empezar a tender puentes para reconciliar a la teoría con la *praxis* procesal y probatoria.

En *El concepto de “proceso” entre estructura y función. Bases para un necesario diálogo entre Derecho procesal, teoría y filosofía del Derecho (parte 1: dimensión estructural)*, Renzo Cavani reconstruye el concepto de proceso tanto desde el punto de vista dogmático como teórico, partiendo para ello de la teoría del hecho jurídico, dominio que ha estado tradicionalmente monopolizado por la doctrina civilista. Para el logro de su objetivo, Cavani pone en relación a la teoría del Derecho y a la filosofía política y jurídica desde una dimensión que el autor llama “estructural”. La precisión analítica del trabajo de Cavani es un rasgo que es necesario apuntar, sobre todo a la hora de emprender distinciones entre nociones que se suelen confundir en el lenguaje jurídico cotidiano.

Por su parte, en un ensayo titulado *El deber de justificar (racionalmente) la cuestión fáctica de un caso*, César Higa propone los lineamientos de una metodología para el análisis racional de las cuestiones fácticas un caso, como una forma de dotar de sentido práctico al mandato constitucional de motivación de las resoluciones judiciales contenido en el artículo 139º, numeral 5 de la Constitución. Para ello Higa retoma ideas y premisas de clásicos de la epistemología probatoria como Jeremy Bentham. Una cuestión central de la propuesta de Higa consiste en que propone un conjunto de razones por las que contar con una metodología para el análisis y evaluación de evidencia es deseable. Entre dichas razones se encuentra el ordenamiento del pensamiento –idea que remonta sus orígenes a las reglas metódicas cartesianas–, la posibilidad de facilitar el control intersubjetivo de los procesos de razonamiento, e incluso la contribución a la imaginación en el proceso de análisis.

La quinta parte del volumen aborda algunas cuestiones polémicas presentes en la agenda de discusión pública de los últimos tiempos tanto en el Perú como en otros países de Latinoamérica. Con ello se asume la tesis de que el trabajo teórico

puede contribuir en importante medida a esclarecer las posturas y argumentos en debate, aún en cuestiones altamente polémicas y que contraponen lo que John Rawls llamaba “doctrinas comprensivas” o visiones éticas sustantivas.

En *Sobre el fundamento y límites de la libertad de expresión y su relación con el discurso de odio (hate speech)* parto de un concepto de libertad cercano al de autores racionalistas como Descartes y Leibniz. Esta noción de libertad da lugar a la autonomía como capacidad de autogobierno condicionada histórica y culturalmente, lo que requiere –además de capacidad de raciocinio– de un activo mercado de las ideas que ofrezca razones para actuar a los individuos. De esta manera, a pesar de que el fundamento de la libertad de expresión es el mismo que el de otras libertades, no opera al mismo nivel. En diversas manifestaciones de libertad de acción los individuos ejecutan planes de acción de los que se esperaría estén racionalmente convencidos, mientras que en la libertad de expresión se trata de garantizar un espacio de las razones que permitan la persuasión y el diálogo racional. Evidentemente, que el fundamento sea la autonomía no convierte directamente a la libertad de expresión en un derecho irrestricto, y es por ello que el resto del ensayo esboza una teoría sobre los límites a la libertad de expresión, de forma tal que se evite el excesivo particularismo propuesto por autoras como Marciani. El resultado de ello es que ciertas variantes de discurso de odio (*hate speech*) o de *fighting words* pueden ser declaradas inconstitucionales debido al grado de vulneración que generan sobre otros derechos.

Christian Guzmán propone una comprensión cambiante y dinámica de la noción de matrimonio en su ensayo titulado *Matrimonio y posmodernidad: bases para la noción de matrimonio en la sociedad posmoderna*. No obstante, el dinamismo al que hace referencia el autor no es sinónimo de vértigo: de hecho, de acuerdo a su reconstrucción, a lo largo de la historia –y, en especial, a lo largo de la modernidad– el matrimonio fue comprendido de una manera uniforme. No obstante, en un periodo de transición como el que supone el paso de una sociedad moderna a otra posmoderna, las transformaciones en los modos de vida habrían acarreado una dinamización de las instituciones sociales, entre las cuáles se encuentra el instituto matrimonial. Un aspecto resaltante de la propuesta de Guzmán consiste en su aproximación interdisciplinaria –y, en especial, sociológica– a la comprensión de conceptos y nociones que tradicionalmente han querido ser “capturadas” a través de definiciones jurídicas. Frente a ello, el autor sostiene que “[e]l derecho no puede definir los aspectos sociales que regula (así, por ejemplo, hechos como el inicio de la vida, la propiedad y creemos que también el matrimonio), pues no es su función decidir qué son, sino desarrollar su contenido y regularlos de forma adecuada”.



En tercer término, en su contribución al presente volumen, Paula Siverino sienta posición en el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo, adoptando para ello una perspectiva de análisis propia de la bioética jurídica (*Interrupción voluntaria del embarazo, una mirada desde la bioética jurídica*). Para el logro de su objetivo, la autora parte de una recapitulación de los recientes debates en Argentina en referencia a la posible ampliación de supuestos despenalizados de aborto, enarbolados en una de sus facciones bajo la consigna “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”. Como recuerda Siverino, la propuesta fue finalmente rechazada en la Cámara de Senadores; más ello, antes de desanimar a quienes propugnan la transformación de esta situación, debería contener un elemento de optimismo: “a partir de ahora –señala Siverino– se le exigirá a cualquier persona que aspire a un cargo público que explicita su posición sobre la interrupción voluntaria del embarazo [...]”. Luego de aclarar la noción y objeto de estudio de la bioética jurídica, la autora ofrece un conjunto de argumentos que abarcan pero no agotan la dimensión jurídica de la discusión, y entre los cuáles se encuentra la necesaria discusión sobre la protección jurídica de la vida, a través de la cual se hace necesario diferenciar entre el inicio biológico de la misma y el juicio de relevancia jurídica.

En conclusión, como apunta Siverino, “en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo no debería ser biológica ni metafísica, sino legal y política, lo cual nos obliga a hacernos cargo del rol que nos compete en ella”.

El ensayo de Jaime Lara –*¿Son nulas las notificaciones efectuadas en días inhábiles?: un ejercicio argumentativo*– ofrece la poco habitual virtud de tratar temas complejos desde el punto de vista teórico, sin tener por ello que hacer explícito el alarde academicista. A través de la problemática de las reglas jurídico-tributarias sobre notificaciones, el autor emprende una discusión sobre los principios, las razones subyacentes a las reglas, las permisiones débiles y fuertes en referencia a la Administración Pública, la noción y tipos de lagunas en el Derecho o la integración jurídica. En ese sentido, el tipo de análisis propuesto por el autor hace recordar, en algunos pasajes, a la estrategia argumentativa de otro autor especialista tanto en teoría del Derecho como en Derecho Tributario: el brasileño Humberto Ávila (autor del clásico contemporáneo *Teoría de los principios*).

El volumen concluye presentando algunas críticas más comprensivas a los presupuestos que sustentan tanto algunas instituciones jurídicas particulares, como la noción misma de Derecho u Ordenamiento Jurídico. Para ello, se reúnen ensayos elaborados por investigadores capaces de mirar al Derecho desde lo que Paul Ricœur llamaría una “hermenéutica de la sospecha”.

Pamela Portocarrero y Bruno Delgado plantean una crítica a la pretendida científicidad del Derecho, así como a la interdisciplinariedad de ciertos enfoques de investigación en un trabajo titulado *Hacia la descolonización del estudio académico del Derecho: reflexiones metodológicas*. Frente a intentos de fundamentar al Derecho en las ciencias sociales, como en la propuesta del movimiento *law & economics*, los autores sostienen que el mismo termina redundando en una fuerte carga valorativa proveniente de las nociones de eficiencia y de criterios utilitaristas. Más aún, cierto dogmatismo frente a la teoría económica a partir de la cual se construyen modelos sobresimplificados y ciertas predicciones, termina por debilitar la pretendida científicidad del movimiento. Finalmente, luego de plantear un conjunto de críticas adicionales, Portocarrero y Delgado concluyen que “[e]n lugar de seguir preocupándonos por construir un Derecho científico –lo que resulta en un esfuerzo fútil– deberíamos aceptar y reivindicar al Derecho como una disciplina normativa que usa un método prescriptivo no científico”.

Explorando una segunda veta de crítica de la mano de diversas variantes de la teoría feminista contemporánea, Rita Zafra plantea dos preguntas en el ensayo a su cargo: *¿Es el Derecho patriarcal? ¿Qué podemos hacer para cambiarlo?* Así, a partir de una caracterización mínima del término “patriarcado”, entendido como un tipo de sociedad en la que las posiciones de poder están distribuidas mayoritariamente entre los miembros masculinos, y, al ser así, estos determinan los roles y atribuciones sociales de las mujeres, Zafra identifica un conjunto de rasgos distintivos del discurso jurídico que lo acercan a una estructura social que distribuye el poder de forma desigual y en perjuicio de mujeres y personas LGTBIQ. La distribución asimétrica de poder se manifiesta, a su vez, en una mirada androcéntrica que, de acuerdo a la autora, se construye en base a la exclusión de sujetos que no son hombres cisgénero. No todo, sin embargo, es negativo en el panorama: la literatura jurídica feminista ha propuesto algunos métodos jurídicos feministas que permiten albergar algunas esperanzas de cambio. En este extremo, Zafra retoma el clásico trabajo de Katharine Bartlett para plantear la “pregunta por la mujer”, que, en el entorno contemporáneo, se convierte en la pregunta por los excluidos. Esta herramienta heurística permite repensar en los efectos diferenciados que el Derecho y sus disposiciones pueden producir en distintas personas. Solo de esta forma, parece, es posible encarnar de forma más auténtica el valor de la igualdad.

La parte final del volumen concluye con un agudo análisis sobre la relación entre el Derecho y la segregación urbana a cargo de Tania Herrera, geógrafa y politóloga. Su trabajo está acompañado de numerosas referencias y ejemplos que provienen de ciudades como Barcelona –donde la autora realizó una investigación de campo–, Uppsala (Suecia) y Lima. El argumento de Herrera parte de apuntar

## PRESENTACIÓN

la insuficiencia de los enfoques de teoría de la elección racional para dar cuenta del problema de la segregación urbana, entendida como diferenciación espacial. Como apunta la autora, “las precarias condiciones en que viven muchas personas pone en evidencia lo insuficiente que es hablar de segregación urbana únicamente en términos de concentración espacial y de una voluntad individual por el auto-aislamiento”. En este punto, Herrera somete a escrutinio la noción de “segregación voluntaria” como un concepto en gran medida ingenuo y ciego a procesos sociales más complejos asociados a la penetración capitalista en el entorno urbano. En el escenario ampliado y estructural propuesto por Herrera, el Derecho se expresa a través de regulaciones urbanísticas que, para el caso español, mostraban una mutilación de las competencias de gobiernos locales, los que finalmente se mostraban incapaces de mitigar la incidencia de problemas como el de los numerosos desalojos por impagos de alquileres e hipotecas. Finalmente, entonces, la autora aboga por análisis de tipo estructural para el estudio de la segregación urbana, lo que supone un replanteamiento de las relaciones de retroalimentación entre el Derecho y las demandas sociales.

\*\*\*\*

Desde la idea original de elaborar un volumen sobre problemas de teoría y filosofía del Derecho en el Perú recibí el entusiasta apoyo de Henry Machaca, editor de Zela. Asimismo, en el largo proceso de seguimiento y edición del volumen conté con el valioso apoyo de Noemí Ancí y Gabriel Uscamayta. Finalmente, el agradecimiento principal es a los autores por comprometerse con un proyecto que en sus inicios parecía de brumoso destino, y que sin embargo hoy ha llegado a buen y lacustre puerto.

Miraflores, 18 de enero de 2019.