

HOMENAJE A VALENTIN PANIAGUA CORAZAO



Capítulo 40

COMITÉ EDITOR

Javier Arias-Stella / Juan Incháustegui Vargas
Alberto Adrianzén Merino / Gustavo Bacacorzo / Marita Castro Pisfil /
Domingo García Belaunde / Marco Jamanca Vega /
Francisco Miró Quesada Canturías / Luis Ortega Navarrete /
Henry Pease García / Marcial Rubio Correa / Débora Urquieta /
Alberto Velarde Yañez / Juan Manuel Velarde



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Homenaje a Valentín Paniagua Corazao

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:
Fondo Editorial PUCP
Primera edición, noviembre de 2010
Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores

ISBN: 978-9972-42-941-5
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-14040
Registro de Proyecto Editorial: 31501361000964

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA CRISIS DEL DERECHO

Manuel Fraga Iribarne

A la memoria del doctor Valentín Paniagua Corazao, ilustre jurista que fue presidente del Congreso del Perú, y después Presidente de aquella República, y miembro del Club de Madrid; que consagró su vida al estudio desarrollo y perfeccionamiento del Derecho.

El Derecho es uno de los cimientos básicos y característicos de las sociedades humanas. Las abejas y las hormigas, entre otros seres de escala animal, mantienen sociedades admirables, consecuencia del instinto, que se mantienen invariables generación tras generación. El hombre, en cambio, es un «animal político» como lo definió Aristóteles, que ha sabido crear sociedades organizadas racionalmente, teorizar sobre ellas para reformarlas y mejorarlas, logrando establecer normas de conducta que se adaptan a los cambios de la base técnica de cada momento, aumentando así la fuerza selectiva de las mismas, mejorando la convivencia entre sus miembros y también la competitividad individual con otras sociedades humanas. Las normas que cada sociedad da al respecto forman sistemas diversos y competitivos cuyo éxito está en la capacidad para adaptarse a los cambios, para lograr un máximo de paz y cooperación entre los miembros de la sociedad propia y crear medios eficaces para apartar o castigar a los miembros que no respeten las propias normas; a la vez que lograr mayor capacidad que otras sociedades en el plano económico o en la lucha mutua, cuando fuese el caso.

El Derecho es una de las grandes creaciones de las sociedades humanas. Un libro medieval español nos da cuenta de que poco después de que la primera familia, la de Adán, Eva y sus hijos, salieran del paraíso terrenal, Caín mató a su hermano Abel, en lo que el cronista medieval considera la mayor batalla de todos los tiempos porque en ella murió la tercera parte de la humanidad de entonces. Desde entonces, las sociedades humanas se han dedicado a establecer sistemas de normas que permitan limitar los conflictos sociales y, como apuntaba antes, prevenir o castigar a los responsables de un modo racional, intentando

que se eviten o reparen. De aquí la aparición de los sistemas jurídicos, en constante desarrollo, a la vez que en permanente crisis.

Los sistemas sociales determinan las bases sociológicas de los problemas jurídicos y sus soluciones posibles. En el mundo occidental, que ha servido de motor de desarrollo, que ha influido en otras partes del mundo, el factor suele arrancar de la creación de ciudades, en un medio básicamente rural, y con la creación de normas y de órganos que los desarrollen.

El derecho occidental arranca de los análisis sociopolíticos de los griegos y en la práctica de los romanos.

Históricamente son diversos los orígenes de las primeras organizaciones jurídicas, que generalmente han buscado fundamentos divinos como los Diez Mandamientos o el Código de Hammurabi. Cada zona del mundo tiene sus características. Es indudable que en el mundo occidental el origen de una doctrina jurídica arranca, como he apuntado al comienzo, de los filósofos griegos y de los juristas romanos. Las leyes de los griegos no están a la altura de los finos análisis de sus filósofos sobre las estructuras políticas, que alcanzan una notable perfección en Sócrates, Platón y Aristóteles. Las leyes griegas se basan en la desconfianza; las durísimas normas draconianas fueron suavizadas en la reforma de Solón, pero en medio de una gran desconfianza. A pesar del elogio de Pericles en su famoso discurso, el sistema ateniense se basó en órganos multitudinarios, como el jurado que condenó a Sócrates a beber cicuta. Sus maravillas de la arquitectura no encuentran paralelismo en la construcción jurídica.

Los romanos en cambio, fueron mucho más prácticos. Distinguieron claramente entre el derecho público y el derecho privado. Derecho público es el que afecta a la organización del Estado Romano *quod ad statum rei romanae spectat*; derecho privado es el que sirve a la utilidad privada *quod ad singular utilitatem pertinet*; y les dieron tratamientos diferentes.

Mientras Cicerón, el mejor abogado y cónsul en un momento clave (la conspiración de Catalina) podía ser liquidado sin formalidades en el tránsito de la República al Imperio, el derecho privado siguió en manos de expertos que hicieron de él un modelo universal. Los jurisconsultos conservaron la primacía en el derecho privado y fueron capaces de abrir vías para la participación de los extranjeros.

A partir de un fuerte orden familiar (que se conserva hasta la declaración de un sistema ágil de arbitraje y de una clase ejemplar de grandes juristas, Roma logró un modelo de sistema jurídico que ha sobrevivido a los siglos en materia de derecho civil y mercantil.

Cuando el Imperio se derrumba, los pueblos germánicos, sin perjuicio de incorporar algunas instituciones tradicionales de cada tribu, conservan el núcleo

tan experimentado de los romanos. Compilaron sus normas en códigos como el Fuero Juzgo en España, que será la base de procedimiento medieval. Continuando con el caso español, al producirse la invasión árabe el Fuero Juzgo continuó aplicándose a cristianos y musulmanes, prácticamente sin modificaciones; los nuevos poderes musulmanes continúan esta situación sin hacer cambios, mientras se acepte su importancia y se paguen los impuestos. Según va avanzando la Reconquista se invierte la situación: el derecho romano se aplica a los cristianos mientras que los musulmanes conservan sus normas tradicionales, experiencia que se inicia con el fuero de Toledo. Fernando III El Santo y su hijo Alfonso X El Sabio continuaron esta política legislativa, que a través del redescubrimiento del Digesto (clave de la compilación de Justiniano), que convierte a Bolonia en el gran centro jurídico de la Europa cristiana, va a ser la clave del desarrollo jurídico de los reinos cristianos. España crea en Bolonia el Colegio de San Clemente, que dura hasta nuestros días, donde se preparan los nuevos juristas de formación tradicional.

El Fuero Juzgo pasa a ser el modelo de los códigos obligados a las ciudades reconquistadas. Contienen bases romanas y germánicas, con alguna concesión a determinadas fórmulas musulmanas. El Rey Sabio acomete la tarea de refundir las diversas versiones en la obra grandiosa de los Siete Partidos, que conserva el edificio del nuevo derecho; no sin resistencia de las ciudades, que ya disponían de fuero propio; el Ordenamiento de Alcalá (ya del siglo XIX) otorga a los Partidos el carácter de derecho supletorio que habían de conservar hasta el Código Civil. En una famosa sentencia, hizo uso de esta posibilidad el Tribunal Supremo, en torno a la llamada «ley de jactancia» por donde pudo introducirse la doctrina de las acciones meramente declarativas.

Los Reyes Católicos añadieron a la lista de los grandes códigos las Leyes de Toro, que establecieron, entre otras cosas, el sistema de bienes generales en el derecho familiar castellano, que humanizó profundamente las relaciones económicas de familia. El siglo XVIII con los Decretos de Nueva Planta, inició la unificación de los sistemas jurídicos de los diferentes reinos, buscando (lo que no se logró hasta el Código Civil de finales del siglo XIX) la unificación básica del sistema jurídico de España, sin perjuicio de determinadas características residuales.

El establecimiento por la Constitución de 1978 de un sistema autonómico para las regiones integrantes del Reino de España, ha dado lugar a un nuevo intento de adaptación a las peculiaridades históricas o geográficas.

Llegados a este punto, el problema más importante en la crisis del Derecho deriva de complejos problemas sociológicos y morales que han ido debilitando las bases tradicionales del sistema.

Por una parte, la complejidad creciente de las instituciones sociales. Casi todos sistemas tradicionales se han producido en sociedades agrarias, con mecanismos relativamente simples en los sistemas de funcionamiento y transmisión de derechos. Normalmente, un grupo relativamente pequeño de personas controlaba la tierra, base de todo el entramado económico, y ello simplificaba bastante los mecanismos de control y transmisión. Complejos sistemas de amortización de la tierra (de carácter religioso, en las propiedades de las iglesias y sus instituciones, y vínculos que conservaban en las herencias familiares las partes esenciales de las mismas para los mayores riesgos) mantenían una estructura muy sólida del sistema, que en Europa se destruye en los siglos XVIII y XIX.

Paralelamente, en cuanto a los cimientos morales del sistema, ocurrió un proceso paralelo: la secularización de los Estados. El Rey Sabio dice en las *Partidas*: «La Ley es para demostrar las cosas de Dios, e que demuestra bien vivir y es muestra de disciplina, e que muestra el derecho e que face e ordena las buenas costumbres, e gobierna la ciudad, e que ama la justicia e es muestra de virtud, e vida de todo el pueblo». El Rey y los demás potentados dictan la ley «que sea a salvamento del pueblo» para lo cual cuenta con la ayuda de los jueces.

A partir de la Edad Moderna se van secularizando progresivamente los fundamentos de la obligación a cumplir las leyes por caminos diversos. Hobbes y Rousseau buscan un fundamento civil al sistema jurídico. El paso determinante fue demandar los bienes eclesiásticos; más tarde el declarar ilícita y egoísta todo tipo de propiedad, dando lugar a las grandes nacionalizaciones de la tierra, y posteriormente, en los sistemas comunistas, de la totalidad de los bienes. Los resultados, en cuanto a la dificultad de lograr por este camino una mayor justicia e igualdad, están a la vista, pero en todo caso han cambiado las bases morales del orden jurídico.

Al mismo tiempo, el desarrollo industrial y la progresiva especialización de la producción, con múltiple tecnología, llevó a una gran complejidad del sistema de producción y su control, para evitar riesgos y posteriormente para defender el medio ambiente, una de las grandes preocupaciones de nuestro tiempo.

Ello ha hecho crecer de un modo notable el número y variedad de las normas del actual derecho administrativo, aumentando las competencias de las autoridades de todos los niveles y también la tendencia inevitable a la creación de instancias internacionales. Por todas partes surgen nuevas competencias, cada vez de más dificultosa coordinación y control, y por lo mismo las posibilidades de ignorancia del derecho y de dificultades para su aplicación.

Los países escandinavos fueron los primeros en intentar hacer frente a esta nueva y difícil situación, mediante la creación de una nueva institución, el *Ombudsman*, que con diversas normativas y competencias se ha ido extendiendo

por todo el mundo. En España se consolidó en la vigente Constitución de 1978, con el título de Defensor del Pueblo.

En definitiva, el Derecho, como todo en esta vida, crea la posibilidad de contradicciones y duplicaciones en las competencias. Desde la Edad Media se empezó a contemplar esta situación, la conquista normanda de las Islas Británicas dio lugar a justicia itinerante de los jueces reales, para lograr un derecho común, lo mismo que propuso el gran Rey Jaime el Conquistador en su conquista a los moros en el Reino de Valencia; y en el Reino de Aragón se estableció el cargo de Justicia Mayor, que garantiza el funcionamiento correcto y armónico de todos los tribunales y fuentes del Derecho.

Por otra parte, la industrialización hizo más difícil la creación de empresas seguras, de tamaño asequible a la gestión familiar, con lo cual fue necesario regular el nuevo derecho social para los empleados de las grandes empresas industriales y financieras. En muchos países (como en España) ello crea nuevas ideas, métodos y estilos, para evitar los costosos (y peligrosos) conflictos sociales, y el intento de resolverlos por métodos coactivos. Esto da lugar al desarrollo del derecho social, una forma nueva de un derecho de clase, pero sin dirección contraria a la tradicional.

Esta especialización del Derecho, en múltiples ramas, ha obligado a la especialización de los profesionales del Derecho; lo mismo en la judicatura que en la abogacía, existiendo hoy gigantescos bufetes, con centenares de abogados especializados, que han cambiado, en muchos aspectos, una de las profesiones más tradicionales.

Los Tribunales se forman por razón de la materia. Surgen juzgados de lo laboral o social, a los más altos niveles, nuevos países han creado tribunales constitucionales (sobre todo, en los Estados de estructura federal); de lo contencioso administrativo, de asuntos matrimoniales y familiares y un largo etcétera.

Todo ello hace inevitable una creciente posibilidad de retraso en los procesos judiciales, sobre todo en las grandes aglomeraciones urbanas de nuestro tiempo. Ello ofrece, a su vez, nuevas posibilidades de arbitraje voluntario a través de los propios grandes despachos de abogados.

Es inevitable, al llegar a este punto, recordar un párrafo del filósofo español Ortega y Gasset: «El Derecho supone la desesperanza contra lo humano, cuando los hombres llegan a desesperar mutuamente de su propia humanidad, procuran interponer entre sí, para poder tratarse y traficar, algo premeditadamente inhumano: la ley».