



foro
académico
Asociación Civil

Asociación de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú



**El *Common Law* y el Derecho germánico:
aportes e influencias. Entrevista al Dr. Freddy
Escobar Rozas**

El *Common Law* y el Derecho germánico: aportes e influencias. Entrevista al Dr. Freddy Escobar Rozas [1] (*)

1. Doctor Escobar, siempre ha existido un afán comparativo entre las tradiciones del derecho romano-civilista y el derecho común anglosajón. Sin embargo, en muchos casos, este afán se vio reducido a una comparación estática, donde ambas tradiciones eran compartimentos estancos y donde las probabilidades de que instituciones de ambos sistemas se interrelacionaran eran bastante remotas. ¿Esto ha cambiado con los años? ¿Cómo han evolucionado las relaciones entre ambas tradiciones jurídicas?

Yo diría que en los últimos cuarenta años el estudio comparativo entre estas dos tradiciones se ha intensificado. ¿Por qué? Porque ciertas ramas del derecho que nacieron en el common law han sido, por la fuerza de los hechos, importadas por la tradición romana germánica. Por ejemplo, todo lo concerniente al derecho de mercado de valores, al derecho de competencia o al derecho regulatorio tuvo origen en el contexto del common law. Los países europeos y latinoamericanos, con el transcurso de los años, han tenido que incorporar estas nuevas disciplinas y al hacerlo no han podido librarse de algunas aproximaciones propias de ésta tradición. Es el típico caso del upper-class, donde vemos que a pesar de que existe un modelo americano y un modelo europeo es casi imposible hacer upper-class en el mundo sin tomar los criterios que nacen en el modelo americano. Lo mismo ocurre en el control de fusiones, donde se necesitan los estudios y criterios económicos que ofrece el common law. Y así podemos mencionar también lo relacionado con las securities, las ofertas públicas de adquisición, las defensas, y muchos otros ejemplos.

Probablemente no tomemos todo lo que existe en el common law, pero los elementos esenciales deben y están siendo incorporados. Es por ello que el derecho americano ha influido mucho en las últimas décadas. Y a esto debe sumarse que el derecho norteamericano ha creado nuevas disciplinas que todos los demás países han tenido que adoptar, pues Estados Unidos es un país muy poderoso y sus industrias y sus empresas cuando invierten en otros países exigen ciertas medidas de protección. El poder económico de Estados Unidos hace que los otros países tengan que adaptarse a estas nuevas regulaciones y también que lo hagan instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco

Mundial. Muchas veces, se ha condicionado ayuda financiera a la realización de reformas legales en muchos países y cuando se han producido estas reformas se han tomado estas nuevas disciplinas, hecho que a mí en particular me parece perfectamente admisible y plausible.

Entonces, cuando empiezan a tomarse disciplinas de otro sistema hemos dado ya un paso para que la cercanía se produzca a un grado que antes no existía. Agreguemos a esto que el pensamiento legal americano ha sido sumamente fecundo en el siglo pasado y recién nosotros en Latinoamérica estamos tomando conocimiento de sus corrientes de pensamiento. En Europa, por citar un caso, ya desde hace mucho tiempo se estudia el pensamiento legal americano debido a su riqueza.

En el siglo pasado los norteamericanos produjeron seis o siete corrientes filosóficas legales sumamente interesantes y ricas, a diferencia de nosotros -hablo de los países que nos afiliamos al sistema romano germánico- que en dos siglos hemos producido solamente el positivismo y algunas variantes pobres del positivismo. Pero ellos han producido siete movimientos filosóficos legales sumamente poderosos. Para ser conscientes de su importancia basta fijarnos por qué en África o en Asia las Cortes Supremas de algunos países citan a Ronald Dworkin como sustento de sus decisiones o por qué en Europa y Latinoamérica las entidades administrativas citan a Calabresi y a Posner como fundamento de sus decisiones. Es imposible negar la influencia del common law tanto en lo que se refiere a creación de nuevas ramas del derecho como a lo referido al pensamiento legal, a la Teoría del Derecho, a la Filosofía del Derecho.

En este contexto, la aproximación entre ambas tradiciones es mucho más estrecha y mucho más fructífera. En Europa se está repensando la regulación sobre la base de la experiencia del common law. En parte, porque allí encontramos a Inglaterra y algunos otros países que siguen esta tradición y buscan que sea tomada en cuenta para futuras regulaciones a nivel europeo. Por ejemplo, el famoso Código Contractual Europeo, que está siendo trabajado por juristas de distintos países, incorpora notoriamente remedios y mecanismos de defensa propios de esta tradición. Si los europeos quieren tener "un mercado legal uniforme" no pueden ignorar a Inglaterra y a otros países que siguen el common law. De alguna manera, tienen que producir un cuerpo legal que tome un poco de ambas tradiciones.

Por otro lado, creo que hoy por hoy los juristas europeos están prestando inusitada atención a los juristas norteamericanos y uno

encuentra mucha reflexión alrededor de las disciplinas y el pensamiento legal del common law. Creo, también, que hoy más que nunca en el sistema romano germánico estamos entendiendo que el common law nos puede aportar muchísimo, tanto a nivel de nuevas materias y nuevas ramas jurídicas, como a nivel de pensamiento legal que nos aproxima al fenómeno jurídico.

2. Las denominaciones de derecho romano-civilista y común anglosajón han obedecido, tradicionalmente, a una categorización histórica-evolutiva. Otros, aprecian la distinción basándose en criterios culturales. Desde su perspectiva: ¿cuáles son las diferencias y similitudes más resaltantes entre ambos sistemas?

La pregunta me parece muy oportuna ya que en realidad hay un mal entendimiento de lo que significa cada una de esas tradiciones. En verdad, el common law sigue básicamente al derecho romano clásico. En Roma se resolvía caso por caso. Luego, los distintos casos eran compilados y se trataba de encontrar una sistematización. Los romanos, además, resolvían en función de principios que eran aplicados de una forma u otra dependiendo del caso concreto y eso mismo es lo que hace el common law. En el common law se resuelve ex - post en base a unos principios y esos principios llevan a tomar ciertas decisiones en un caso y otras en situaciones diferentes, en función de una serie de criterios como la eficiencia y la justicia.

¿Qué ha pasado con nosotros? Nuestro derecho, como lo menciono en mis clases, no es romano germánico sino en realidad es germánico. Los alemanes influenciados por el espíritu racionalista de la época y por el modelo de la geometría -porque el sistema piramidal de conceptos obedece a un modelo geométrico- trabajaron con el material romano y lo sistematizaron utilizando categorías conceptuales. Así fue que unas categorías fueron subsumidas dentro de otras yendo de un grado de generalidad a especialidad.

Resulta, en consecuencia, que uno tiene una pirámide conceptual en la cual encuentra distintas normas generales y abstractas, que se van agrupando en función de distintos criterios: derecho público, derecho privado, derecho de familia, derecho de propiedad, etc. Estas normas tienen la pretensión de regular todo el fenómeno jurídico, pero si a pesar de su generalidad y abstracción algún hecho no es contemplado se pueda aplicar la analogía y crear una nueva norma para ese hecho no regulado. Entonces: ¿cuál era la pretensión de los alemanes? Que exista un sistema perfecto, científicamente diseñado, cuyas normas sean tan

generales y tan abstractas que comprendan todo y si no comprendían todo, estas reglas podían dar lugar a la creación por analogía de otras similares. Nada se escaparía a este aparato perfecto construido por científicos.

Ese es el derecho que hemos heredado y eso está totalmente alejado de la tradición romana. Los alemanes han trabajado con material romano, pero ellos son los arquitectos de su edificio. Es como si tuviéramos con los mismos materiales dos edificios distintos: el edificio de los romanos que era casuístico y el edificio de los alemanes que es conceptual. Se ha trabajado con los mismos materiales pero se han construido dos edificios absolutamente distintos. Y, curiosamente, el common law de alguna manera está más cerca al derecho romano clásico que el derecho romano-germánico que nosotros hemos heredado. Nuestro derecho, básicamente, es una creación alemana que encuentra su fundamento conceptual en la pretensión de alcanzar una rigurosidad científica basada en un modelo geométrico, que por aquel entonces era el modelo de ciencia buscado.

3. El jurista italiano Ascarelli pensaba que el rol del derecho Latinoamericano era el de puente entre las tradiciones romano-civilista y común-anglosajona. ¿Considera que esta opción es todavía válida?

No sé en que pensaría Ascarelli cuando dijo aquello. Yo creo que Latinoamérica no tiene una colonia anglosajona. No veo cual es la influencia que podría tener el common law en Latinoamérica. Claro, ustedes dirán que Estados Unidos sí influye claramente en nuestros países, pero la influencia que los Estados Unidos ejerce en Latinoamérica es la misma que ejerce en Asia, en Europa, en cualquier parte del mundo. El poder de Estados Unidos no disminuye ni se incrementa en Latinoamérica.

4. Hay una opinión del Doctor Duncan Kennedy que resulta muy llamativa. Es conocido, afirma él, que el Análisis Económico del Derecho (AED) ha tenido y tiene una importante acogida en Latinoamérica, pero el Dr. Kennedy comentaba que esta metodología no ha tenido la misma repercusión en otras partes del mundo. Siendo el AED, no propiamente una institución, pero sí una herramienta de análisis muy vinculada al derecho anglosajón, ¿cómo explicar estas diferencias en su recepción?

Creo que aquí puedo hablar con autoridad y no como algunos que solamente han leído algunas cosas de Duncan Kennedy. Él ha sido mi

profesor y yo tengo una magnífica relación con él. Es más, he tomado un curso que acaba de inaugurar llamado Globalization of Law. Él tiene una teoría según la cual han existido tres periodos de globalización legal en el mundo y estos tres periodos coinciden con otros tres en los cuales la economía, la política y la filosofía también han estado globalizadas.

Yo he hablado mucho de AED con él y diría varias cosas. Numero uno, Duncan Kennedy es economista además de abogado, o sea que entiende el AED y si ustedes ven su página web hay toda una sección dedicada a la materia. Pero, ¿por qué se opone al AED? Porque es un marxista post estructuralista. Él es un tipo de izquierda y, evidentemente, el análisis económico ha estado asociado con movimientos de derecha. Sin embargo, él se opone al AED no porque el método le parezca imperfecto o porque no crea que sea una herramienta buena que se pueda utilizar en el mundo del derecho. No. Él se opone por las consecuencias que produciría este método en la distribución de la riqueza. Mas él nunca ha dicho que este método no pueda ser empleado -en teoría- en el ámbito jurídico.

Eduardo Hernando me ha criticado en un artículo reciente por haber defendido la validez del AED a la luz de que nuestro ordenamiento es contradictorio y además impreciso y vulnerable a distintas percepciones políticas, económicas y filosóficas. Hernando ha dicho que cómo era posible que yo defiendan el AED partiendo de una lectura crítica como la que hace Duncan Kennedy. Pero olvida que la Teoría Crítica Legal y el AED son dos nietos del Realismo Jurídico. Anthony Kronman que ha sido decano de Yale y es un filósofo reconocido en los Estados Unidos, en un libro que se llama de "The Lost Lawyer" afirma que las bases del AED y de la Teoría Crítica Legal son las mismas, que se desvían y que cada una tiene su propia agenda pero que comparten la misma base, el mismo origen: el Realismo Jurídico. Entonces no resulta opuesto utilizar un diagnóstico de la Teoría Crítica Legal para luego afirmar la utilidad del AED. Eso no es de ninguna manera contradictorio.

Ahora, Duncan Kennedy se opone no al método del AED sino a la consecuencia que el método generaría. Él, claro está, tampoco va defender desde un punto de vista político concepciones europeas como las que dominan el panorama jurídico actual en ese continente. Él es un marxista post estructuralista, y quien no entiende que significa eso corre el riesgo de entenderlo mal. Duncan Kennedy se opone al AED no porque le parezca una herramienta que no tiene cabida en el mundo del derecho sino porque a su criterio el resultado distributivo que produce este método no es aceptable de acuerdo a sus concepciones políticas.

No olvidemos, además, que debemos tener cuidado con la lectura de las palabras de Duncan Kennedy. En realidad, quien ha estudiado en los Estados Unidos se da rápidamente cuenta de que el AED no hace otra cosa que recoger de alguna manera lo que las cortes ya venían haciendo desde hace mucho tiempo. Es decir, el common law privilegia el individualismo y la eficiencia, lo ha hecho siempre y eso se debe a la influencia de la religión ortodoxa en Gran Bretaña y en los Estados Unidos. Si ustedes revisan sentencias de 1700, de 1800 o de las primeras décadas del siglo pasado, en materia contractual, de responsabilidad civil o de propiedad, van a encontrar que muchas de esas sentencias privilegian el valor eficiencia. La escuela del AED lo que ha hecho es sistematizar el criterio y llevarlo a niveles teóricos insospechados. Lo estudia de una manera sistemática, ordenada y le encuentra un fundamento económico mucho mas fino, un fundamento filosófico y moral mucho mas profundo.

Las cortes americanas desde hace décadas fallan tomando en cuenta el valor eficiencia y cuando Duncan Kennedy dice que el AED ha tenido una repercusión importante en Latinoamérica lo hace porque comparando el antes y el después hay un cambio notable. Antes, ningún juez o autoridad administrativa se preocupaba por el valor eficiencia. Ahora, el panorama ha cambiado. Se nota una preocupación importante y una recepción por lo menos a nivel administrativo, en las agencias de competencia, de propiedad intelectual, etc. En Latinoamérica generalmente fallan tomando en cuenta criterios aportados por el AED. Quizás no los poderes judiciales de estos países pero si las agencias de competencia y eso ya es un paso importante.

Repito: nadie que haya estudiado en Estados Unidos puede decir que las cortes o las agencias no aplican el análisis económico. Eso no es verdad. El AED si es aplicado, aunque a veces con mucha reserva. Muy a menudo, incluso, se prefieren otro tipo de valores antes que el criterio de eficiencia, pero es innegable que el AED si viene siendo usado.

Ahora, ¿por qué dice Duncan Kennedy esto que ustedes preguntan? Porque las cortes norteamericanas aplicaban el criterio de eficiencia desde hace mucho tiempo, desde antes de que existiera la teoría del AED tal como la conocemos. Entonces ¿esa teoría ha generado un cambio importante en los sistemas a nivel de decisiones judiciales o administrativas? No ¿Por qué? Porque ya se decidía de esa manera. A eso se refiere Duncan Kennedy, pero no es verdad que el AED no tenga importancia en las decisiones judiciales o administrativas en otros ámbitos fuera del latinoamericano.

5. A principios de la década, en Alemania, se da inicio a algunas reformas del BGB y se emiten una serie de directivas en la comunidad europea buscando uniformizar las normas del derecho civil alemán y del derecho europeo a estándares estadounidenses (institucionales, lingüísticos, etc.). Dicha uniformización estuvo motivada por las exigencias de competitividad económica. Esto motivó a hablar algunos autores de una suerte de "imperialismo jurídico" norteamericano. ¿Qué opinión le merecen estas calificaciones?

Me parecen ridículas. No hay imperialismo jurídico norteamericano. En realidad el asunto es más complejo. El derecho privado, básicamente el derecho patrimonial, regula situaciones con contenido económico. La economía tiene sus propias reglas, su propia lógica, pero sería estúpido regular situaciones patrimoniales ignorando las leyes de la economía. Ahora, ¿por qué en Alemania se produce este cambio? Yo diría por varias razones. En principio, porque los alemanes son inteligentes y se dieron cuenta de que el modelo de relaciones de solidaridad que fue fundamental para que Alemania se levantara después de las dos guerras mundiales ya había tocado techo.

Los alemanes basan, en el siglo veinte, sus teorías jurídicas en función de su realidad política y económica. Ellos, por ejemplo, inventan la excesiva onerosidad –o siendo más precisos: los tribunales alemanes la imponen- en el contexto de las guerras mundiales ¿Por qué? Porque se daban cuenta que era un instituto necesario para solucionar un problema económico que antes no se había presentado en esa magnitud. Así fue como ellos comenzaron a utilizar la teoría de la excesiva onerosidad que luego sería recogida por otros códigos.

De la misma forma, desde hace algunos años se han dado cuenta de que las relaciones económicas que sustentaron su economía han cambiado. Por ejemplo, ellos normalmente apuntaban a relaciones de largo aliento, a relaciones en las que se valoraba mucho el valor de la solidaridad antes que el valor del uso más eficiente. Cuando ellos tenían estas relaciones de largo aliento era bueno protegerlas con institutos como la buena fe, la cual impedía romper este tipo de vinculaciones por cualquier razón.

En Inglaterra, en cambio, el asunto era distinto. No se privilegiaban relaciones de largo aliento en toda la cadena productiva sino, por el contrario, relaciones de corto aliento que se movieran rápidamente en función de cual era el uso alternativo más eficiente de los bienes y de los servicios. Por lo tanto, la ruptura de los contratos nunca podía ser

cuestionada por buena fe. Alemania e Inglaterra eran dos modelos económicos distintos en materia contractual, cada uno le daba a su modelo económico una forma de protección legal distinta, a veces, como en el caso inglés, no había necesidad de mayor regulación.

Los alemanes han repensado su estructura económica, tomando en cuenta modelos como el inglés, y han visto que es necesario hacer cambios. No se puede modificar la cultura de un país, o la economía de un país, manteniendo congeladas las leyes. Eso es imposible, si se pretende hacer eso se termina dando leyes que no se ejecutan y terminan siendo letra muerta, como sucede en nuestro país.

Entonces, no es que exista un imperialismo norteamericano. Eso es una barbaridad. En realidad, los países cambian, las percepciones de los políticos varían, las percepciones de los agentes económicos se transforman. Cuando políticos, empresarios y ciudadanos consideran que un modelo está llegando a su fin y quieren ir a otro modelo entonces el legislador acompañará el cambio. Eso es lo que está pasando en Alemania.

Yo, por ejemplo, tengo dos amigos profesores alemanes que discutían mucho sobre si debería existir ejecución forzada como regla general en materia contractual. Uno consideraba que no siguiendo la línea del common law y el otro consideraba que si. Lo cierto es que al margen de que el BGB seguía estableciendo el derecho a solicitar la ejecución forzada, algunos tribunales habían comenzado a introducir la regla de que no siempre era posible la ejecución forzosa por diversas razones económicas. Se utilizó, jurídicamente, la teoría de abuso del derecho. En este caso era abusivo solicitar la ejecución forzosa. Evidentemente, esta lectura del abuso del derecho está vinculada con la propia necesidad de modificar la estructura económica de las relaciones contractuales.

Por ello, yo diría que esto del imperialismo norteamericano en Europa no existe. Podría existir en Latinoamérica o en África, donde el Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial obedecen a países poderosos como Estados Unidos que podrían forzar a que cambiemos nuestros sistemas legales. Es más ha ocurrido, pero en Alemania, en Europa, no lo creo muy posible.

6. Siguiendo el tenor de la pregunta anterior pero ciñéndonos al derecho internacional, hay quienes como Alessandro Somma sostienen que el estudio del modelo jurídico estadounidense demuestra que éste es el verdadero obstáculo para la

armonización del derecho internacional privado. ¿Qué comentario le merece este parecer?

El Derecho Internacional Privado es un tema que debemos enfocar de una manera singular. Empecemos preguntándonos por qué las críticas provienen de Italia: ¿Italia tiene una buena posición económica? ¿Italia es un país próspero en Europa? ¿Cuáles son sus ratios de empleo y producción? ¿Es un país al que le podemos poner una estrellita por su eficiencia?

La respuesta en todos los casos es no. Italia es un país bastante peculiar. Es uno de los países menos productivos de la Unión Europea, uno de los países más conflictivos y uno de los países donde los ratios de empleo y producción son poco alentadores. Compáren nada más la evolución de la economía de Italia y España en los últimos años. Son dos ejercicios francamente opuestos.

Probablemente, si la economía Italiana se dinamizara de una manera semejante a como lo viene haciendo la economía alemana estas opiniones no cabrían. Y fíjense que digo esto después de haber dedicado casi una década de mi vida a estudiar con profundidad a los autores italianos. Pero creo que estas opiniones están realmente fuera de lugar. Los juristas Italianos han aportado mucho y no se puede descalificarlos en términos generales, pero este tipo de opiniones demuestran que de un tiempo a esta parte han perdido la brújula.

Ahora, ¿qué pasa en el derecho internacional privado? Aquí están en juego otro tipo de intereses. Vamos a poner un caso muy sencillo: yo tengo una empresa en el Perú y exporto a Argentina. Si hay algún problema, yo quisiera que la ley aplicable sea la peruana y que los jueces competentes sean también los peruanos. Esto me ahorraría ir a Argentina y tener que contratar abogados y litigar en ese país. Yo, en Perú, ya tengo mi abogado y confió plenamente en él. Si tuviera que ir a Argentina, habría una serie de costos adicionales derivados del que deba aplicarse la ley argentina y de que los competentes sean los jueces argentinos.

La discusión sobre el derecho internacional tiene que ver, fundamentalmente, con ese problema tan sencillo. Es decir, con la cuestión de que ley va ser aplicable y que juez va conocer el caso. En este sentido, es conocido por todos que el sistema judicial americano, que por cierto también tiene ciertos problemas, es comparativamente un sistema modelo. Los jueces en los Estados Unidos son en términos generales tipos muy preparados. Son personas que normalmente no

ceden a la presión de los sobornos y que trabajan con una infraestructura sólida.

En este punto, estoy plenamente de acuerdo con el sentido común y la percepción que este tiene sobre los jueces americanos. Observo que estos jueces normalmente no son corrompibles. Además, que son jueces muy bien formados y que además de conocer el derecho conocen de otras materias. No olvidemos que para estudiar derecho en Norteamérica uno tiene que haber estudiado otra profesión antes. Cuando se mira el currículum de los jueces de la Corte Suprema de los EEUU, uno se encuentra con tipos que son psicólogos, economistas y abogados. Esos jueces tienen una visión más amplia de la realidad. Por eso, sus sentencias normalmente suelen ser más justas y eficientes; y al mismo tiempo responden a los valores que la sociedad en ese momento privilegia.

Entonces, si yo fuera un empresario americano no quisiera perder la posibilidad de que un juez como el descrito resuelva mis conflictos. Estamos ante un juez que entiende correctamente los problemas económicos y los va a resolver siguiendo el sentido común y sustentando correctamente sus sentencias. Ese es, sin duda, un juez que yo preferiría en reemplazo de un juez italiano. Conocido es por todos que los jueces italianos, aunque no están expuestos al mismo nivel de corrupción que los jueces peruanos, sí tienen en frente niveles considerables de corrupción.

Tenemos, pues, que no es que algunos países se nieguen a integrarse simplemente por el mero hecho de hacerlo. Hay países que defienden su tradición legal porque realmente confían en ella, se sienten cómodos con ella y tienen terror, casi pánico, de estar sometidos a otra tradición legal. Y esto, como vemos, puede tener explicaciones razonables. Los EEUU no se oponen a una comunidad legal global por simple contradicción. Se opone porque encuentra que en otros países los poderes judiciales no son confiables y que los sistemas legales son muchas veces inentendibles.

Asimismo, creo que tendríamos que analizar más profundamente nuestro sistema. Por ejemplo, el sistema romano germánico sigue operando con normas generales y abstractas, que a veces llevan a soluciones absurdas. Se privilegia el que la norma sea abstracta: si el hecho está contemplado por el supuesto de hecho entonces aplicaré la consecuencia, así ésta sea injusta o ineficiente. ¿Cómo tratamos de solucionar esto? Utilizando herramientas como el abuso del derecho, la buena fe o la interpretación restrictiva. Pero son herramientas mínimas.

Aunque las usemos, igual nos encontramos ante un sistema demasiado petrificado. Tal vez, si este sistema, aún siendo petrificado, gozase de operadores rápidos y confiables, tendríamos una integración menos complicada.

7. De qué manera un estudio comparativo de las instituciones del derecho romano y el derecho anglosajón puede enriquecer a una y a otra tradición. En particular, que nuevas perspectivas podría abrir en un sistema como el peruano.

En términos generales la comparación siempre es saludable ya que es bueno saber en qué podemos mejorar. Además, yo puedo comparar casi cualquier cosa: un equipo de fútbol con otro, una firma de abogados con otra firma, ésta facultad de derecho con ésta otra. Comparando me puedo dar cuenta que tengo muchas cosas buenas y otras que no lo son -puedo darme cuenta, incluso, que tengo más aspecto negativos que positivos-. Entonces, la comparación sirve de mucho. Nos ayuda a estar seguros de que hemos hecho cosas bien y que no debemos invertir ya tanto tiempo y recursos en ellas. Pero también sirve para darse cuenta de que hay algunos aspectos negativos donde debemos invertir más tiempo y recursos.

En este sentido, creo que lo más importante que podemos aprender del derecho anglosajón y, específicamente del derecho norteamericano, es lo siguiente: ver el derecho como una disciplina que tiene límites. Sin duda, los conceptos legales son necesarios y útiles; y en cualquier sistema hay una lógica inmanente detrás de ellos, pero esa lógica es limitada, lo mismo que las herramientas del abogado y del juez.

Por ejemplo, cuando estamos discutiendo sobre abuso del derecho tenemos un concepto jurídico: tiene que haber un derecho subjetivo, el ejercicio del derecho tiene que ser disfuncional, tiene que haber una tutela, etc. Es claro que tenemos una serie de nociones jurídicas, pero ¿cómo sabemos en el caso concreto qué es disfuncional? La respuesta no es necesariamente legal. Uno tiene que decir es disfuncional por esta razón económica, por esta razón moral o por esta razón social. Se necesitan elementos adicionales a los criterios jurídicos. No basta saber los conceptos de buena fe, de abuso del derecho o de diligencia. Las nociones legales terminan siendo vacías si no tenemos casos concretos por resolver y criterios para hacerlo.

Al responder a estos problemas concretos uno debe hacerlo señalando que tal cosa es disfuncional porque, en términos económicos, se tienen una serie de razones para pensar que es así. O se tienen razones para

pensar que es disfuncional porque en términos morales tenemos una situación repudiable. Vemos que es necesario conocer más allá del derecho. Alguien que solo es economista no puede ser juez, alguien que sólo es psicólogo tampoco, pero el abogado que es juez necesita de la economía, de la psicología, de la sociología.

Por eso, una lección importante que encuentro del ejercicio comparativo del derecho es la siguiente: los abogados, los jueces y los operadores del derecho de los EEUU conocen muy bien la estructura legal, pero además conocen de economía, de psicología, de sociología, de filosofía. Ellos pueden utilizar las herramientas legales para conseguir fines justiciables bajo las otras disciplinas. Esto conlleva que las soluciones que brindan normalmente sean soluciones que las personas que no tienen conocimientos legales entiendan y apoyen con facilidad. Pero si un operador o un juez no tienen ese link con la realidad, si no conocen de economía, de psicología o de sociología, sus decisiones pueden crear un cortocircuito espantoso con la realidad y, particularmente, con la percepción ciudadana.

¿Cómo se podría resolver un caso al amparo de la simple lógica jurídica?! Necesitamos la lógica para sustentar nuestras decisiones, pero la lógica en los casos concretos no basta. Es cierto que requerimos de herramientas como el abuso del derecho o la buena fe, pero son indispensables otros elementos adicionales. Se necesita saber por qué un interés es o no es digno de tutela apoyándonos en los métodos de la economía, en la psicología, en los valores que la sociedad peruana de hoy plantea como fundamentales.

Así, una respuesta aceptable para el caso que planteábamos sería decir que tenemos un ejercicio disfuncional del derecho porque el resultado que produce dicho ejercicio es ineficiente o porque se están creando más costos que beneficios. Un juez, evidentemente, no tiene que ser un científico social, pero algún conocimiento básico de otras materias debe tener. De lo contrario, la justificación a sus decisiones será poco sólida. Y, claro, si solamente opera en el plano puramente legal, el juez podría decir barbaridades como esta: "no me parece que este sea un interés digno de tutela, me parece que el ejercicio es eficiente porque el propietario puede hacer cualquier cosa y punto". Éste juez terminará diciendo que no hay abuso del derecho y, al final, tendremos una sentencia que la sociedad rechaza y hasta repudia.

8. Finalmente, ¿por qué para un abogado, sea cual sea el sistema donde fue formado, resulta importante el estudio del derecho comparado?

Yo podría responder a esta pregunta escribiendo cien páginas sobre el tema o, simplemente, limitándome a dejar una frase. Prefiero esto último. Y quizás una forma de acercarme a ella sea haciendo una analogía.

Todos estamos de acuerdo en que un futbolista peruano debería observar la premier league. ¿Por qué? Porque es algo distinto, no sé si mejor o peor, pero distinto. Probablemente el ver este campeonato le otorgue al futbolista la posibilidad de ver un sistema de ataque y defensa diferentes. Podría provocar, además, que sea conciente de dos cosas. Por un lado, de que hay un espacio para mejorar como futbolista. De otra parte, de que distinga las virtudes que no debería perder.

Por ejemplo, claramente, el estado físico hace la diferencia entre ambos sistemas. Si yo fuese futbolista me diría que tengo que correr más, debo marcar en toda la cancha, no debo caminar, debo tener una dinámica distinta. Pero, probablemente también me diga, que debo conservar la esencia de que el fútbol es un juego, un espectáculo, un arte. Quizás pueda estar equivocado y no debería conservar esto último, pero finalmente es su decisión. Si entiende al fútbol como un espectáculo, como un arte o como una carrera de postas es su decisión. Pero la observación del otro sistema reforzará algunas cosas y hará, a la vez, que se de cuenta de que hay un espacio para mejorar en otras tantas.

Eso que se aplica al futbolista, se aplica también a cualquier persona, a cualquier profesional. Yo creo que hay tanto por aprender no solamente de nuestros pares que viven en el hemisferio norte sino también de nuestros colegas de al lado, de los economistas, de los sociólogos, de los psicólogos. Sería tonto ponerse una venda. Es más, probablemente, ellos también tengan algo que aprender de nosotros. Seguramente que es así, aunque son un poco soberbios y suelen negarlo.

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho (LLM) por Harvard University.

* Las preguntas de la entrevista fueron elaboradas por Yuri Montesinos Alvarez, miembro de la Asociación Civil Foro Académico. La entrevista en su integridad se encuentra en Foro Jurídico N° 06, Lima, 2006. Derechos reservados.