

El *common law* y el Derecho germánico: Aportes e influencias

ENTREVISTA al Doctor Freddy Escobar Rozas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postgrado en Contratos Financieros, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Maestría en Derecho (LL.M.), Harvard University. Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados. Profesor en la PUCP, UPC y Academia de la Magistratura

A su llegada de la Universidad de Harvard, luego de cursar estudios de Maestría, el Doctor Freddy Escobar Rozas, distinguido abogado y profesor de nuestra Facultad, tuvo la gentileza de brindarnos una entrevista en la cual desarrollamos un examen comparativo entre las tradiciones del derecho romano y el derecho anglosajón.

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 la tradición anglosajona. El típico caso es el del *class action*, ya que a pesar de que existe un modelo americano y un modelo europeo es casi imposible regular la *class action* sin tomar los criterios que nacen en el modelo americano. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el control de fusiones, donde se emplean criterios que nacen en el *common law*. Y así podemos mencionar también lo relacionado con otros fenómenos que van desde el listado en bolsa de acciones hasta la toma de control hostil.

Probablemente no tomemos todo lo que existe en el *common law*, pero los elementos esenciales están siendo incorporados. 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 que exige cierta

protección a sus empresas cuando éstas invierten en otros países. Claramente, el poder económico de los Estados Unidos hace que los países en vías de desarrollo tengan que modificar sus sistemas legales y ofrezcan garantías mínimas a las inversiones que vienen de aquel país. En este proceso el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial juegan un rol importante. Y aunque muchas veces el proceso de reforma legislativa no es transparente, se podría afirmar que en la gran mayoría de casos las reformas han sido positivas para los países en vías de desarrollo.

Agreguemos a esto la influencia que el pensamiento legal norteamericano tiene en el mundo. En el siglo pasado los norteamericanos produjeron 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 algunos intentos de neo iusnaturalismo. Ahora no es extraño encontrar que cortes de África citen en sus sentencias a Ronald Dworkin, ni tampoco que entidades regulatorias latinoamericanas o europeas citen a Calabresi y a Posner en sus decisiones. Por tanto, 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.

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 Inglaterra y algunos otros países buscan que esa tradición 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 del *common law*. 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 eso. 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 cierta autoridad. Conozco personalmente a Duncan Kennedy, pues ha sido mi profesor. He conversado con él acerca del AED y su postura claramente ha sido mal interpretada en muchos sitios. En primer lugar debo hacer notar que Duncan Kennedy es economista además de abogado, lo que significa que realmente entiende lo que es el AED. Si ustedes ven su página web encontrarán que tiene toda una sección dedicada a la materia. Ha escrito mucho sobre el tema. Ahora bien, ¿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. Pero 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 la idea de que nuestro ordenamiento es contradictorio, 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 él olvida que la Teoría Crítica Legal y el AED son dos nietos del Realismo Jurídico. Anthony Kronmann, ex decano de Yale, hace notar, en un libro que se llama de "The Lost Lawyer", cómo las bases del AED y de la Teoría Crítica Legal son las mismas. 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.

Duncan Kennedy se opone no al método del AED sino a la consecuencia que el método generaría. Él, claro está, tampoco va a 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 convicciones 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 más fino, un fundamento filosófico y moral mucho más 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 dichas agencias generalmente fallan tomando en cuenta criterios aportados por el AED. Quizás no el poder judicial, pero sí los organismos reguladores, y eso ya es un paso importante.

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, por lo que sería bastante estúpido regular situaciones patrimoniales ignorando las leyes de la economía. Ahora, ¿qué ocurrió en Alemania? Yo diría que el cambio se debe básicamente a una transformación del modelo de relaciones económicas, que deja de lado el criterio de solidaridad que fue fundamental para que Alemania se levante después de las dos guerras mundiales ya había tocado techo.

Durante los siglos diecinueve y veinte, los alemanes basan 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 dieron 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 criterio de solidaridad en la cadena de distribución de los bienes. Como ellos basaban su economía en esas relaciones de largo aliento, era obvio que tenía sentido 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 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 modificado su estructura económica 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 aprobando 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 adoptare a otro modelo, entonces el legislador, cuando es responsable, acompaña el cambio. Eso es lo que está pasando en Alemania.

Por ejemplo, al margen de que el BGB sigue estableciendo el derecho a solicitar la ejecución forzada como regla general, algunos tribunales ya han comenzado a introducir la regla de que no siempre es posible actuar la ejecución forzosa cuando la misma atenta contra el valor eficiencia. Para ello utilizan la teoría de abuso del derecho. Evidentemente, esa 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, obedeciendo políticas de expansión comercial de países poderosos como Estados Unidos, fuerzan cambios legales. Pero en Europa, no lo creo posible.

6. Siguiendo el tenor de la pregunta anterior pero ciñéndonos al derecho internacional, hay quienes como Alessandro Somma sostiene 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 considerar eficiente? 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. Comparen 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 a la lógica formal 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 haría que ahorre muchos costos: viajar a Argentina, tener que contratar argentinos, etc. Yo, en Perú, ya tengo un abogado y confió plenamente en él. Si tuviera que ir a Argentina, tendría que incurrir en una serie de costos adicionales derivados del hecho que deba aplicarse la ley argentina bajo la competencia de de los jueces argentinos.

La discusión sobre el Derecho Internacional tiene que ver, fundamentalmente, con ese problema tan sencillo; es decir, con la cuestión de los costos adicionales que genera la aplicación de leyes foráneas y la competencia de jueces foráneos. Ahora bien, 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 los Estados Unidos 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, además de abogados, son psicólogos, economistas y filósofos. 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 lugar 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.

Entonces no es que algunos países huyan a la integración simplemente por el mero hecho de hacerlo. Hay países que defienden su tradición legal porque realmente confían en ella, se sienten confortables con ella y tienen terror, casi pánico, de estar sometidos a otra tradición legal. Y esto, como vemos, puede tener explicaciones razonables. Los Estados Unidos 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, esta facultad de Derecho con esta otra. Comparando me puedo dar cuenta que tengo muchas cosas buenas y otras que no lo son tanto. 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 algunas cosas bien y que no debemos invertir más tiempo y recursos en ellas. Pero también sirve para darse cuenta de que hay algunos aspectos negativos donde debemos invertir los pocos recursos que tenemos.

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 partimos de una idea que nos dice lo siguiente: tiene que existir un derecho subjetivo, el ejercicio de ese derecho debe ser disfuncional y afectar un interés no tutelado directamente, etc. Es claro que tenemos en mente una serie de conceptos que tratamos de poner en práctica para determinar si hubo o no ejercicio abusivo del derecho. Pero esos conceptos tienen un límite: ¿quién nos dice que en el caso concreto el ejercicio del derecho fue disfuncional? La respuesta no es legal. Uno tiene que sustentar que es disfuncional por esta razón económica, por esta razón moral o por esta razón social. Se necesitan elementos adicionales a los criterios puramente jurídicos. No basta con conocer los conceptos formales de buena fe, abuso del derecho o negligencia. En los hechos las nociones legales sólo ayudan en un primer nivel, luego uno ha de justificar la aplicación de esas nociones en función de razonamientos que ya no son jurídicos sino económicos, morales o sociales.

Entonces, en el caso planteado yo tendré que sostener que el ejercicio es disfuncional por que crea incentivos económicos perversos o por que en términos morales la decisión del titular del derecho es repudiable o algo por estilo. Por tanto, creo que es necesario conocer otras disciplinas. Un economista no puede ser juez, un psicólogo tampoco; pero el abogado que es juez necesita de la economía, de la psicología, de la sociología, de la filosofía moral. Si no, ¿cómo va a concluir que el acto jurídico es nulo por ir en contra de las buenas

costumbres?

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 Estados Unidos 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.

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 regular porque el propietario puede hacer cualquier cosa y punto”. Este 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 algunas 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, ver este campeonato le otorgue al futbolista la posibilidad de comprender sistemas de ataque y defensa que nunca ha empleado. Podría provocar, además, que sea conciente de que si bien tiene muchas cosas por mejorar, posee una técnica 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, que debo marcar en toda la cancha, que no debo caminar, que debo ser solidario con mis compañeros en el trabajo de equipo, etc. Pero, probablemente también me diría que debo conservar la esencia de que el fútbol es un juego, un espectáculo, un arte. Quizás pueda estar equivocado respecto de esto último, pero finalmente sería mi decisión. Yo tendría que decidir si para mí el fútbol es un espectáculo, un arte o una especie de carrera de postas. Lo importante es que la observación del otro sistema reforzará algunas cosas y hará, a la vez, que me dé 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: economistas, sociólogos, psicólogos, etc. 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.