

---

**BLOG CHILENO DE DERECHO COMPARADO****Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos:  
¿Dónde está lo latinoamericano?**MARÍA ITHURRIA<sup>\*</sup>

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC) son el resultado de una iniciativa académica loable. Uno de los aspectos más atractivos del proyecto es que declara no ser una iteración de procesos de armonización desarrollados en otras latitudes, sino que un reflejo de la cultura, tradición e identidad jurídica latinoamericana. Esto sugiere que, metodológicamente, los redactores adoptaron una aproximación culturalista al derecho comparado, pero que a diferencia de otras aproximaciones culturalistas -como la de Pierre Legrand<sup>1</sup>- no enfatizan las diferencias o singularidades entre los distintos sistemas jurídicos bajo análisis, sino que sus semejanzas. Sin embargo, distinguir este proceso de armonización como un proyecto que recoge la cultura jurídica latinoamericana impone cargas: por una parte, definir cuál es esa cultura jurídica, y por otra, mostrar cómo ella es recogida efectivamente por los PLDC. Lo anterior es crítico, no solo porque la existencia misma de una identidad jurídica latinoamericana es cuestionable, sino también porque es uno de los dos aspectos que estructuran el proyecto. En este breve texto se argumenta que el carácter latinoamericano de los PLDC no es claro. Para ello se abordan tres puntos. Primero, se observa un problema metodológico relativo a los países representados. Luego se pondrá de relieve un problema derivado de un método que sólo mira regla, jurisprudencia y doctrina. Finalmente, se cuestionará la falta de una síntesis que identifique la identidad cultural latinoamericana.

Asumiendo que hay algo tal como una identidad jurídica latinoamericana, no se puede desconocer el esfuerzo que existió por parte de los redactores de los PLDC en identificarla, pues seguramente sabían que de otra forma sería muy difícil probar la originalidad del proyecto. Con dicho propósito, el grupo de trabajo elaboró un cuestionario tipo con preguntas sobre grandes temas del derecho contractual, i.e. principio de la buena fe, autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria y efecto relativo del contrato, cuerpos legales que contienen una regulación sistemática del contrato, cuerpo(s) normativo(s) en que se encuentra regulada la formación del consentimiento, entre otros. Este cuestionario fue respondido minuciosamente por los reporteros de los países que tenían representación en el grupo de trabajo (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela), siguiendo una misma metodología, y poniendo el foco no solo en reglas, sino que también en la doctrina y jurisprudencia, prescindiendo de referencias a autores extranjeros. Las respuestas a este cuestionario se publicaron el año 2012 en el libro titulado “El derecho de los contratos en Latinoamérica; Bases para unos principios de derecho de los contratos”, el cual podría considerarse como el compendio más significativo de derecho contractual sudamericano que existe hasta el momento.

---

<sup>\*</sup> University of Edinburgh (maria.ithurria@ed.ac.uk).

<sup>1</sup> LEGRAND (2003).

La obra, sin embargo, presenta algunos inconvenientes. El primero dice relación con la representatividad, un problema metodológico ya acusado por Márten Schultz<sup>2</sup> respecto de los *Principles of European Tort Law*. No parece adecuado hablar de principios latinoamericanos de derecho de contratos si en su elaboración no se tuvo en consideración el derecho de todos los países latinoamericanos o, alternativamente, no se argumentó porqué el derecho de los países observados sería representativo de la identidad jurídica latinoamericana. Por ejemplo, es preocupante la ausencia de México, ya que tanto por sus fuertes relaciones comerciales con Estados Unidos, como por su ubicación geográfica, el derecho de Estados Unidos podría ser más preponderante que en los países del sur.

El segundo problema que se advierte es relativo al foco del cuestionario. Si hay algo en lo que se puede coincidir respecto a la noción de cultura jurídica es que, cuando se invoca, necesariamente implica mirar más allá de las meras reglas. Es cierto que las respuestas al cuestionario debían incluir doctrina y jurisprudencia, pero estas no son idóneas para reflejar todos los elementos que tienen impacto en cómo opera el derecho. Ellas reflejan solo la fachada de un sistema jurídico, en circunstancia en que hay mirar más allá del sistema jurídico formal.<sup>3</sup> Pero ¿qué elementos hay que considerar? No hay una única respuesta. Franz Wiecker<sup>4</sup>, por ejemplo, estima que la historia política y social son cuestiones fundamentales para definir los fundamentos de la cultura jurídica europea. Roger Cotterrell<sup>5</sup>, por su lado, menciona que el comparatista puede mirar elementos como los principios inspiradores de los sistemas legales, las creencias compartidas, las formas de pensar, entre otros. Jørn Øyrehagen Sunde<sup>6</sup> en el libro “Comparing Legal Cultures”, propone un modelo que reflejaría lo que, según él, sería al menos la superficie de las culturas jurídicas, distinguiendo entre estructura institucional y estructura intelectual. En fin, la literatura disponible es vasta y sugiere que el concepto de cultura jurídica es en extremo complejo y se puede construir a partir de variados factores. Sin embargo, la complejidad del concepto no libera a quienes lo invocan de precisar cuáles son los elementos que tienen en consideración cuando lo hacen y qué es lo que les da unidad.<sup>7</sup>

Con todo, aún en el caso que se considerase que un análisis de las simples reglas, doctrina y jurisprudencia sería apto para evidenciar la cultura o identidad jurídicas de una región, es posible advertir un tercer problema: el libro no ofrece ningún ejercicio comparativo en que se sintetice e identifique las similitudes y diferencias entre los distintos sistemas legales bajo estudio. La falta de una sistematización de las similitudes es especialmente sensible dado que ellas serían elementos constitutivos de la supuesta identidad jurídica latinoamericana. Las diferencias, por su lado, levantan dudas sobre la existencia de esa identidad compartida. Por ejemplo, según da cuenta Rodrigo Momberg<sup>8</sup>, los reportes nacionales evidenciaron la existencia de dos grupos de jurisdicciones. Por un lado, las que denomina “jurisdicciones conservadoras” (Chile, Colombia, Venezuela y Uruguay), que estarían caracterizadas por preservar el principio de libertad contractual asumiendo generalmente una igualdad entre las partes del contrato; y, por otro lado, las que denomina “jurisdicciones progresistas” (Argentina, Brasil y Paraguay), que adoptarían una política protectora respecto a la parte débil del contrato. ¿Cuál de estos dos grupos

---

<sup>2</sup> SCHULTZ (2010).

<sup>3</sup> COTTERRELL (2019).

<sup>4</sup> WIEACKER y BODENHEIMER (1990).

<sup>5</sup> COTTERRELL (2019).

<sup>6</sup> SUNDE (2017).

<sup>7</sup> NELKEN (2016).

<sup>8</sup> MOMBERG (2017).

encarna la identidad jurídica latinoamericana? ¿O, quizás, hay dos identidades jurídicas en la región? ¿Son las diferencias reconciliables? Si la respuesta es afirmativa, ¿cómo?

La falta de claridad respecto de lo que se entiende por identidad o cultura jurídica latinoamericana en el contexto de los PLDC podría haberse subsanado en el libro publicado en diciembre del año 2017 que presentó su texto definitivo. Esto sobre la base de dos hechos. Primero, existen reportes que indican que la supuesta identidad jurídica latinoamericana fue tema central de discusión en la conferencia “The Future of Contract Law in Latin America”, celebrada dos años antes –junio del 2015– de la publicación del texto. Segundo, en el libro de enero del 2017, que recoge la mayoría de los artículos presentados en dicha conferencia, Jan-Peter Schmidt<sup>9</sup> planteó expresamente la siguiente pregunta: ¿En qué sentido los PLDC son latinoamericanos? Y es que desde la perspectiva de un alemán como él, estos no presentaban características sustantivas que permitieran calificarlos como propios de la región. En este sentido, Schmidt<sup>10</sup> reflexionaba: ¿Por qué no sencillamente copiar los Principios Europeos de Derecho de Contratos? Desafortunadamente, estas agudas preguntas siguen sin respuesta.

Ahora bien, no se debe desconocer que en la presentación del libro que mostró el texto definitivo de los PLDC<sup>11</sup> hay expresas referencias a la identidad jurídica latinoamericana. Se afirma, por ejemplo, que hubo un “esfuerzo deliberado y consciente” de recoger la “identidad cultural” latinoamericana. Se agrega que los PLDC no renuncian a “ciertos particularismos propios de la tradición y a la práctica del derecho en la región”. Estas declaraciones son sumamente valiosas porque dan cuenta de que los redactores de los PLDC reconocen la existencia de una identidad cultural común y la consideran digna de consideración. Sin embargo, se mantiene la duda respecto a cuál es la identidad a la que se refieren. Esta duda se acrecienta si hay expreso reconocimiento de que las influencias jurídicas en Latinoamérica son “plurales”, de forma que el paisaje del derecho de los contratos es “bastante disímil”, haciendo que la identidad latinoamericana sea a veces “esquiva” y “errática”.

Por otra parte, sería injusto omitir que al explicar el contenido de los PLDC se hace una breve referencia a los principios a los que se refiere el instrumento. Tales principios son la libertad de contratación, la fuerza obligatoria del contrato y la buena fe, lo que serían transversales a todos los sistemas jurídicos observados. Esta mención no es irrelevante si consideramos que Cotterrell<sup>12</sup> ha señalado a los principios inspiradores de los sistemas jurídicos como posibles elementos a considerar cuando se invoca la noción de cultura jurídica. Pero, de nuevo, ¿en qué medida estos principios son latinoamericanos? Si bien es posible comprender cómo la cómoda presencia del principio de la buena fe en los distintos sistemas jurídicos de Latinoamérica puede diferenciar el derecho de la región del derecho inglés<sup>13</sup>, no parece ser tan obvio cómo puede diferenciarlo del derecho europeo continental ni del de Estados Unidos. Algo análogo se puede decir respecto de los principios de libertad de contratación y fuerza obligatoria del contrato. Aquí vale la pena recordar nuevamente las ideas de Cotterrell<sup>14</sup>, quien argumenta que cuando se invoca la noción de

---

<sup>9</sup> SCHMIDT (2017).

<sup>10</sup> SCHMIDT (2017).

<sup>11</sup> DE LA MAZA, PIZARRO, ET AL. (2017).

<sup>12</sup> COTTERRELL (2019).

<sup>13</sup> TEUBNER (1998).

<sup>14</sup> COTTERRELL (2019).

---

cultura jurídica, ello siempre implica evidenciar una similitud entre distintos sistemas jurídicos, pero también demostrar diferencias respecto de otros sistemas jurídicos.

De lo expuesto se puede concluir que, a pesar de los encomiables esfuerzos académicos, todavía no es claro qué es lo latinoamericano de los PLDC. Y si bien algunos de los problemas identificados son difícilmente subsanables, hay otros que sí se pueden enmendar. Hugh Beale<sup>15</sup> ya señaló cómo los PLDC podrían beneficiarse si se preparan comentarios a sus artículos, así como también notas comparativas que permitan identificar las semejanzas y diferencias entre los derechos tenidos a la vista. Algo se ha avanzado al respecto, pero todavía queda trabajo por hacer. Esto debe tomarse como una oportunidad para dotar de contenido la noción de identidad jurídica latinoamericana que recogería el proyecto. Sin embargo, mientras ello no ocurra, la originalidad y el éxito de los PLDC seguirá siendo fundadamente cuestionable.

---

<sup>15</sup> BEALE (2017).

---

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- BEALE, Hugh (2017). "The PLACL: A Response from an Outsider" en MOMBERG, Rodrigo *et al.* (edit), *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law* (Hart Publishing), pp. 265-284.
- COTTERRELL, Roger (2019). "Comparative Law and Culture", en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (edit.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2nd ed), pp. 710-733.
- DE LA MAZA, Íñigo, PIZARRO, Carlos, *et al.* (2017). *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).
- LEGRAND, Pierre (2003). "The Same and the Different", en LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (edit.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press), pp. 240-311.
- MOMBERG, Rodrigo (2017). "The Process of Harmonisation of Private Law in Latin America", en MOMBERG, Rodrigo *et al.* (edit), *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law* (Hart Publishing), pp. 3-21.
- NELKEN, David (2016). "Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches, and Values", *The Annual Review of Law and Social Science*, pp. 45-62.
- SCHMIDT, Jan Peter (2017). "Latin American Legal Culture: A European Perspective" en MOMBERG, Rodrigo *et al.* (edit), *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law* (Hart Publishing), pp. 57-95.
- SCHULTZ, Mårten (2010). "The Questionable Questionnaire", en BAKARDJIEVA ENGELBREKT, Antonina y NERGELIUS, Joakim (edit.), *New Directions in Comparative Law* (Edward Elgar Publishing), pp. 175 y ss.
- SUNDE, Jørn. "Managing the Unmanageable - An Essay Concerning Legal Culture as an Analytical Tool" (Fagbokforlaget), pp. 13-25.
- TEUBNER, Gunther (1998). "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences", *The Modern Law Review*, Vol. 61, N°1, pp. 11-32.
- WIEACKER, Franz y BODENHEIMER, Edgar (1990). "Foundations of European Legal Culture", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, N°1, pp. 1-29.