

**HACIA UN MODELO DE ARMONIZACIÓN
DEL DERECHO CONTRACTUAL
LATINOAMERICANO***

**TOWARDS A MODEL FOR THE
HARMONISATION OF LATIN
AMERICAN CONTRACT LAW**

*John Alberto Tito Añamuro***

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2013

Para citar este artículo / To cite this article

Tito Añamuro, John Alberto, Hacia un modelo de armonización del derecho contractual latinoamericano, 126 Vniversitas, 239-267 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<239:HMADCL>2.0.TX;2-W

* El presente trabajo es fruto del desarrollo del proyecto “Armonización del derecho comercial y de consumo desde los principios pro consumatore”, el cual se ejecutó con recursos de la Dirección de investigaciones y Proyectos (DIP), Convocatoria 2011, de la Universidad del Norte.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), investigador permanente del Max-Planck-Institut de Hamburgo (Alemania) y profesor de Derecho Privado Patrimonial de la Universidad del Norte (Colombia).

RESUMEN

El presente trabajo propone la formación de un modelo de armonización del derecho de contratos en Latinoamérica. Para ello dos condiciones son relevantes: la valoración fáctica del fenómeno de desarticulación del derecho contractual tradicional y la valoración de la creación de una cultura jurídica común latinoamericana. Con base en ello se construye un método de armonización singular a fin de mitigar los vértices de la dispersión jurídica que existe en el derecho contractual Latinoamericano.

Palabras clave autor: Contrato, armonización, integración, método, *ius commune*, Derecho latinoamericano.

Palabras clave descriptores: Derecho contractual, contratos, actos jurídicos, América Latina.

ABSTRACT

The present paper proposes the creation of a model for the harmonisation of contract law in Latin America. For this purpose two conditions are relevant: the factual assessment of the phenomenon of the disassembling of traditional contract law and the assessment of the creation of a common Latin American legal culture. Based on them, a singular method of harmonisation can be constructed, the scope of which is to reduce legal dispersion in Latin American contract law.

Keywords author: Contract, harmonisation, integration, method, *Ius commune*, Latin American Law.

Keywords plus: Contract Law, contracts, juristic acts, Latin America.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LAS COSAS CLARAS COMO PUNTO DE PARTIDA.- II. EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE INTEGRACIÓN.- A. *El “absurdo del retorno” al viejo modelo del ius commune europeo.*- B. *Nuestra teoría: el método de armonización flexible del derecho.*- 1. El presupuesto de la doble premisa de partida.- 2. La lógica del triple piso jurídico.- 3. Inclusión de variables no solo de derecho al objeto de análisis.- 4. Valoración teórica.- 5. Las razones de Watson y las de estabilidad de las condiciones iniciales de Morin.- 6. Prueba de nuestra teoría: la transformación cualitativa de la permuta financiera.- 7. A favor de la idea de la armonización jurídica.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El derecho contractual latinoamericano no ha sido a través de la historia más que una copia en rigor del europeo, un *copy-paste* jurídico, salvando algunas singularidades del caso¹. Ello no es, desde luego, del todo negativo. Ese ejercicio de la mano de la doctrina de los *legal transplants* de Watson alcanza cierta autenticidad dado que, como dice este autor, es legítima la copia (los préstamos) de soluciones jurídicas de otros países en orden a que ello no excluye el desarrollo ulterior de cada ordenamiento receptor de acuerdo con su tradición². Se suma a ello que ese modelo no solo ha servido para la construcción del derecho contractual latinoamericano sino también para la solución de los supuestos prácticos de la vida social. Pero la situación en la actualidad es otra.

Los modificadores del derecho, los hechos, vienen fragmentando las estructuras tradicionales del sistema contractual. Como apunta Menell “*la revolución digital y otras tecnologías de punta se han instalado en la actualidad en la vanguardia de los intereses económicos, sociales, políticos y jurídicos*”³ y, concretamente, como señalan los alemanes, en el ámbito contractual es *der Massenvertrag* (el contrato en masa) el supuesto fáctico que ha desarticulado la arquitectura del derecho privado patrimonial clásico⁴. Como ya se sabe, ello ha sido así en razón de que ante un contrato completamente pre-redactado por los empresarios, al adquirente de bienes no le queda otra opción que aceptar o rechazar en bloque el documento contractual, esto es, sin posibilidad de negociación; lo cual no solo ha puesto en jaque el principio de la libertad contractual sino además a la regla del *pacta sunt servanda*, la igualdad formal de las partes ante la ley y la relatividad contractual, entre los tópicos relevantes o bases jurídicas sobre las cuales se asienta el derecho de los contratos.

1 J. Tito, *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*, 1^a ed., Ediciones Uninorte – Ibáñez– Grijley, Barranquilla – Bogotá – Lima, 3-4 (2012).

2 A. Watson, *Legal transplants: An approach to comparative law*, University of Georgia Press, Georgia, 17-19 (1993).

3 P.S. Menell, *Intellectual Property Law*, en *Handbook of Law and Economics*, A. Mitchell Polinsky & S. Shavell, Eds., Elsevier North Holland, Amsterdam, 1475-1476 (2007).

4 J. Tito, *Consideraciones para la regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros*, en Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, *Memorias 2do Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual*, Ed. Publicaciones Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, 42-43 (2010).

En suma, los *modificadores* fragmentan las estructuras de derecho decimonónicas a una velocidad que no guarda precedentes con la evolución del orden contractual típico. Consecuencia de lo cual todos los agentes económicos del mercado, los operadores del derecho y los destinatarios de la norma se encuentran en un contexto de desafío frente a la labor de reconstrucción del derecho contractual.

Justamente, en esa re-creación del derecho conviene, desde nuestra óptica, elaborar un tejido jurídico común que integre el desarrollo del derecho particular de los países latinoamericanos.

Soy consciente que sobre esta conclusión el lector puede legítimamente preguntarse ¿qué ventajas me aporta esto? Pensemos en un empresario colombiano o en un simple consumidor de bienes, incluso en un turista, y en las consecuencias positivas que tendrían si las reglas de la compraventa o las del *leasing* son, cuando menos en relación con sus garantías, las mismas en México, Colombia, Perú o Argentina. Asumo en esto el riesgo con reserva a revisión que puede parecer un grosero punto de convergencia a alcanzar, pero nadie negará que esas reglas descansan en trazos jurídicos comunes.

Es más, si esa convergencia de derecho contractual es, por razones políticas, económicas y culturales, un horizonte además de lejano, difícil de lograr, entiendo que este ejercicio puede aportar, sin lugar a dudas, a la modernización del derecho de los contratos en Latinoamérica, y en esa dirección al desarrollo de la ciencia jurídica.

Pero para ello se precisa no solo crear una conciencia jurídica común sino una herramienta con la cual enfrentar el propósito, y esta es, como en la reconstrucción del derecho europeo, el método de armonización.

Por todo esto, en este trabajo se defienden algunas razones para adoptar uno, el cual no deja de ser —y advierto ya— una proposición teórica que se nutre del pensamiento jurídico desde el *ius commune* indiano hasta las codificaciones, en especial del derecho comparado europeo⁵.

5 Claro está, este ejercicio de convergencia jurídica se hace con las limitaciones del caso, esto es, que supone la reserva de un análisis más profundo de la idea de integración del derecho de contratos en Latinoamérica, dado que es difícil fundir en un *paper* las pretensiones, los

I. LAS COSAS CLARAS COMO PUNTO DE PARTIDA

Si lo que se quiere son argumentos para la creación de una cultura jurídica común y hacer frente al impacto de los modificadores, es *conditio sine qua non* realizar un test de identificación y valoración de las vicisitudes, sean positivas o negativas, que el derecho europeo y latinoamericano deben enfrentar, siempre que ese punto de armonización sea un fin en ese horizonte.

Salvando las enormes distancias que dividen en materia de integración a Europa y a América Latina, con base en la crítica intentaremos poner en tela de juicio las principales objeciones a los criterios de unidad y pluralidad y, en especial, al del método de integración del derecho, que tanto ha dado de qué hablar en el ámbito europeo, y que incluso en la actualidad no es un tema agotado.

A estos efectos, la caja de herramientas a utilizar tiene que ver con las nociones de las teorías de complejidad⁶, *multi-level system*⁷, libre movimiento de las normas⁸ e interpretación amistosa de la integración del derecho⁹, que creemos aportan a un modelo en construcción del cual pende, en mayor o menor medida, el éxito de un proceso de armonización¹⁰.

Con todo ello, además de persuadir a los operadores del derecho y a los destinatarios de la norma a que se incardin en la idea de creación de un espíritu jurídico común en terreno de los contratos, se intentará dejar trazado un cuadro de problemas, de interrogantes, de la falta de regulación de supuestos de hecho nuevos, de la ineficacia de la norma vigente en la práctica, de las situaciones lesivas que

fundamentos, los mecanismos y los problemas de integración. Para ello, si desea el lector, puede encontrar en el libro J. Tito, *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*, op. cit., un análisis jurídico detenido de estas vicisitudes.

- 6 E. Morin, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, Hampton Press, 37-51 (2008).
- 7 M. Hesselink, *A European legal science? On European private law and scientific method*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 2008/02, 33 y ss. (2008).
- 8 J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 336 (1998).
- 9 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, 406 (1996).
- 10 Naturalmente, todo ello con la vista puesta en la construcción de un método, un camino, un cuadro de interrogantes y soluciones, y una justificación válida para la idea de la aproximación jurídica del derecho latinoamericano; y si ello aún puede parecer —y con justa razón— un proyecto demasiado lejano, este intento difícilmente podrá abstraerse, como ya se dijo, al aporte de por qué se han de legitimar, o no, la “importación” de normas de derecho europeo a derecho latinoamericano y, de otro lado, al margen de la idea de integración, por qué es relevante la contribución a la actualización y modernización del derecho.

derivan, entre otras, de la disparidad normativa en la actualidad, ello como propuesta para recrear un segundo piso jurídico, después, claro está, como ya se dijo, de la gestación de una conciencia jurídica de integración del derecho contractual de la región.

II. EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE INTEGRACIÓN

A. El “absurdo del retorno” al viejo modelo del *ius commune* europeo

Volver al viejo *ius commune*¹¹ con el objeto de reactualizarlo como modelo de unificación no es precisamente una de las soluciones pacíficas de la europeización jurídica. En efecto, Legrand impugna y expone la idea absurda de situar el derecho privado europeo en la llamada época dorada del *ius commune* basado, entre otras cosas, en que el derecho inglés nunca fue parte de ella y que “*los sistemas jurídicos jamás fueron convergentes, no son convergentes ni serán*

11 Sobre el valor histórico-jurídico del *ius commune*, la idea de su actualización y la evolución de la ciencia del derecho, v., H. Coing, *Derecho privado europeo* trad. A. Pérez Martín, Fund. Cult. del Notariado, Madrid (1996); *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Beck, München (1986); *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft en: Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt, 9 y ss. (1979); H. Hattenhauer, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen* Beck, München (1967); y *Europäische Rechtsgeschichte*, 4^a ed., Heidelberg, (2004); P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid (1955); F. Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Comares, Granada (2000); R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4-51 (1993); *Roman Law and European Legal Unity*, en *Towards a European civil code*, Ed. A. Hartkamp, Boston – London, 65-81 (1994); F. Calasso, *Introduzione al diritto comune* Giuffrè, Milan (1951); C. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I. La giurisprudenza romana e il passaggio dall' antichità al Medioevo; y II. Dal medioevo all' epoca contemporánea*, Giapichelli, Torino (1976); P. Grossi, *El Orden jurídico medieval* trad. F. Tomás y Valiente, Marcial Pons, Madrid (1996); L. Labruna, *Matrici románistiche del diritto attuale*, Jovene, Napol, (1999); L. Solidoro, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello "ius commune" alle codificazio*, Giapichelli, Torino (2003); R. C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge (2002); B. Clavero, *Temas de Historia del Derecho. Derecho Común*, Universidad de Sevilla (1977); e *Historia del Derecho. Derecho Común*, Universidad de Salamanca (1994); A. Fernández de Buján, *Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law*, en *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, M. Diaz Romero et ál, Coords., Aranzadi, Pamplona; *Derecho Romano y Sistema Jurídico Iberoamericano*, en J. Iglesias, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, v. 4, Civitas, Madrid (1996); R. Morán, *El Ius commune como antecedente jurídico de la UE*, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, 104 y ss. (2005); A. Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid (2007), entre otros.

*convergentes*¹². De modo similar, Pio Caroni duda de la idea (neopandectista) de que el derecho romano tiene algo que contribuir a la construcción del derecho privado europeo “*por fundarse, especialmente, en un pasado de ficción que pretende influir en un futuro que es incierto*”¹³. En ambos casos, si se mira detenidamente, se opone la idea de pluralidad (diversidad de sistemas jurídicos nacionales) a la de unidad jurídica (un sistema jurídico europeo fundado sobre bases idénticas a las del antiguo *ius commune*) con el grave riesgo, como apunta Braudener, de recuperar solo algún bloque de dogmas y conceptos propios del derecho romano y con desprecio de todo lo que se le oponga¹⁴.

Así las cosas, en el objetivo de unificación del derecho privado europeo no parece que la idea de reivindicar el concepto de “unidad jurídica” del *ius commune*, esto es, la autoridad de un solo pensamiento jurídico por encima de la diversidad positiva de los derechos nacionales, sea la vía idónea. En efecto, en la lógica de Legrand la pluralidad es irreductible a la idea de unidad jurídica en razón de que en dicha relación proposicional, señala el autor, no debe abolirse la distancia entre el *yo* y el *otro* por cuanto de ello se obtiene siempre un grado de diferencia anterior y constante que nutre la idea de existencia de una individualidad, heterogeneidad o diferencia jurídica distinta de la identidad¹⁵. Lo cual implica —dicho

12 A este respecto, v., P. Legrand, *European legal systems are not converging*, 45, *International and Comparative Law Quarterly*, 61 y ss. (1996).

13 P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, ZNR, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 85 y ss. (1994) quien, entre otras cosas, señala en relación con los neopandectistas que ellos, respecto al futuro del derecho privado europeo, son exagerados y causan solo un arrebato de buen sentido del humor, y que en resumen la mayoría de ellos tienen puesta la mirada en un pasado de ficción para influir en un futuro que es incierto (“*Stark übertreibend, und auch nur im Sinne einer ebenso gutmütigen wie zusammenfassende Provokation könnte man sagen: Die meisten von ihnen... befassen sich einer fiktiven Vergangenheit zur Beeinflussung einer ungewissen Zukunft*”).

En este sentido, v., W. Braudener, *Europäisches Privatrecht—aber was ist es?*, ZNR, 225 y ss. (1993).

14 *Ibíd.*

15 P. Legrand, *The impossibility of Legal Transplants*, 4, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 123 y ss. (1997), critica al comparatista, y dice de él que no debe abolir la distancia entre el *yo* y el *otro*, sino más bien debe permitírselo proyectarse y desde allí ver el *otro* en la forma en que debe ser visto, esto es, como otros; concluye diciendo que el comparatista debe permitir a los otros darse cuenta de su visión del mundo. En relación con el discurso del otro Gabilondo Pujol, *La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad*, Madrid, 10 y ss. (2001) agrega que “*proliferan los discursos sobre el otro, en ocasiones como un modo más de silenciarlo. Se requiere con urgencia su mirada y la filosofía no está exenta de esta necesidad, la de la palabra del otro en su propio discurrir o, tal vez, como lo otro de ella misma*”; e infiere que el problema de la “identidad y diferencia” viene a ser el de la “diferencia, identidad y

de otro modo— que la unidad jurídica no llegaría a ser posible en el mundo del derecho.

Esta afirmación vista desde el ángulo de la lógica y de la filosofía del derecho muestra, sin lugar a dudas, un valor de verdad de lo que *es y debe ser* la idea de unidad y la de pluralidad. En ello estamos de acuerdo. No obstante, entiendo que de cara a explicar la evolución de los sistemas de derecho ella representa solo una visión parcial de un paradigma mucho más complejo y amplio como es —en el caso que nos ocupa— el reciente sistema de unificación de derecho privado europeo; de modo que la lógica de Legrand, Pio Caroni y Braudener, en nuestra opinión, solo tendría causa en aplicación de una razón deductiva y estricta, más bien propio del pensamiento lineal, reduccionista y simple que integra la tradición científica¹⁶.

En la práctica, una indagación amplia en la diversidad jurídica que descubren o ponen al descubierto los distintos niveles de un sistema complejo, esto es por ejemplo, el de individualidad, transicionalidad o de convergencia, es más bien apropiada para que luego de un examen se deje atrás, como primer paso, ese estricto marco de lógica científica y adaptar —sin desplazarlo— el fenómeno de la unidad a la dinámica de un mecanismo que busque, antes que soluciones de aplicación universal, la estabilidad práctica del

alteridad”.

16 Acerca de las soluciones de razonamiento lineal derivadas de la aplicación del método científico, v., K. Popper, *The Logic Scientific Discovery*, Routledge, 48 y ss. (2002), quien propugna el análisis de pura lógica formal para obtener conocimiento científico, y deja la influencia de otras áreas que no sean científicas sobre la base de la falsación por la que toda teoría científica se ha de valorar. Contra la exclusión de ideas o aportes que no superen el test de falsación de Popper, esto es, que solo el conocimiento empírico produce conocimiento, Feyerabend, *Against Method*, Verso, 18-19 (1993), discípulo de Popper, sostiene que ante la riqueza de material científico que proporciona la historia, y si el examinador de este evento se desprende de su actitud de buscar siempre seguridad intelectual y precisión, se dará cuenta de que solo hay un principio que puede ser defendido bajo toda circunstancia y en todas las etapas del desarrollo humano: este es el “principio del todo vale” (*anything goes*). En sentido análogo, Latour, *Science in Action: How to follow Scientists and Engineers through Society*, Harvard University Press, 182 y ss. (1987), contra la desmitificación del método para obtener soluciones científicas, expone que en este proceso se pasa de las controversias a una complejidad de mayores controversias, de modo que el conocimiento parece ser gradual y no precisamente categorial. Contra el razonamiento lineal conviene tener presente la obra de I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 183 y ss. (1997) quien propugna una apertura o mejor dicho ruptura de los paradigmas clásicos para obtener conocimiento científico. Ello nos llevaría a considerar la formación de paradigmas flexibles, lejos de las certidumbres (linealidad) y por tanto nada axiomáticos.

sistema normativo dentro del inaprehensible entorno heterogéneo del tráfico jurídico¹⁷.

En palabras más simples, esa indagación supone que sería decisivo privilegiar un paradigma dinámico y flexible a uno de resultados lógicos y estrictos. Consecuencia de lo cual, quedaría atrás el tradicional razonamiento lineal de los fenómenos jurídicos y abriría las puertas a un razonamiento flexible, dinámico y no-lineal de los cambios en el derecho, en el cual ha de privilegiarse especialmente, como ya se dijo, la estabilidad a la universalidad de soluciones¹⁸.

Enseguida propondremos cómo podría ajustarse ese cambio de paradigma (Kuhn)¹⁹ a los objetivos de armonización jurídica que motivan este texto.

B. Nuestra teoría: el método de armonización flexible del derecho

No se me ocurre otra cosa que partir desde la incertidumbre. Y en esto me apoyo abiertamente en la tesis del fin de las certidumbres de Prigogine (*The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*)²⁰. Por esto considero que quizá la solución que mejor responde a la patología de la idea de integración (*rectius*: unidad jurídica) y a la de diversidad por extensión, descansa en la dinámica de un modelo de integración jurídico-flexible o lo que es igual, en un modelo de complejidad que adapta las mutaciones que sufre el derecho dentro de un sistema y entorno jurídico siempre heterogéneos.

La finalidad inmediata de este proceso es, como los teóricos en la doctrina de los pasos cortos, crear previo al orden positivo estructuras de derecho (ED) o estándares jurídicos a armonizar (EJA) que sean estables, esto es que resistan los cambios, a fin de sentar una

17 Con base en ello, en un sistema de armonización jurídica, cabe la posibilidad de rechazar cualquier intento de axiomatización del “comportamiento” interno o externo de los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente por razón del riesgo que supone fundar la explicación de la evolución de los fenómenos jurídicos sobre una plataforma de conceptos lineales y deterministas.

18 I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 183 y ss. (1997).

19 T. Khun, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 160 y ss. (1996), quien propugna la evolución y el progreso científico sobre la base de los cambios, de las revoluciones en ámbito de la ciencia.

20 I. Prigogine, op. cit.

plataforma gnoseológica que facilite verter convergencias y divergencias, discusiones y debates, preguntas y problemas, soluciones y recomendaciones, entre otros supuestos cognitivos.

1. El presupuesto de la doble premisa de partida

Para una comprensión preliminar de ello, diremos que la arquitectura de tal método parte de dos ideas iniciales que llegan a ser decisivas a la hora de su aplicación práctica: la primera, que la mínima alteración jurídica en los elementos básicos de una *estructura de derecho* puede modificar su vigencia en el tráfico jurídico y la segunda, que no existe una causa determinante para afirmar la permanencia, o no, de una *estructura de derecho* en el continuo entorno de fluctuaciones de un sistema normativo. Con ambas ideas, de pronto, podemos decir que si la diversidad impera en cada alteración jurídica, las *estructuras de derecho*, que llegarían a ser unidades consolidadas que ya integran la diversidad, buscan de modo constante su propia estabilidad en medio de ese entorno heterogéneo o, lo que es igual, resisten a esa heterogeneidad sobre la base de la estabilidad de sus reglas jurídicas básicas, las cuales en teoría de la complejidad se conocen con el nombre de *condiciones iniciales*.

2. La lógica del triple piso jurídico

Si se observa con detenimiento una *estructura de derecho* (ED), piénsese en la noción de contrato, en la culpa como base del sistema de responsabilidad subjetiva, en el contrato de compraventa o en el *hosting* o, si se quiere, en la idea clásica de la regla jurídica o en la moderna de principios o valores constitucionales o en los criterios de solución de una colisión de principios, es posible deducir dos conductas jurídicos relevantes: la permanencia y el cambio.

Toda ED no ha sido ni es inmune a la alterabilidad a lo largo de su vida jurídica. En alguna medida, ellas han mutado, y esa mutación ha sido por niveles. Por esto es por lo que consideramos que la alterabilidad encuentra tres pisos jurídicos en los cuales es observable el comportamiento de un ED: el primer piso es la permanencia o estabilidad (PE); el segundo la desaparición o inexistencia

(PD), y el tercero, que es intermedio entre los anteriores, el riesgo de estabilidad o propiamente inestabilidad (PI). Si se mira bien, en estas magnitudes escalares pueden incardinarse sin mayor dificultad las ED, de las que ya se dio cuenta, a modo de ejemplo, líneas arriba.

En todos estos niveles, la fluctuación de los *componentes mínimos* de una ED es relevante. No obstante, a efectos de construir gradualmente un espíritu jurídico común latinoamericano con base en una corriente ideológica de integración, es el riesgo de estabilidad o piso de inestabilidad (PI) el que tiene una importancia categórica para explicar los comportamientos de las ED en el tráfico jurídico; las otras ED o ya no existen o se mantienen estables por resistencia o readaptación merced a la constancia o docilidad de sus *condiciones iniciales* en la diversidad del tráfico jurídico, pero *in proprium* no son inestables.

Por ello es por lo que ese nivel PI tiene un interés especial. En rigor, la razón descansa en que dada su heterogeneidad, esto es, su categórica cualidad de inestabilidad, puede hacer derivar a una ED hacia el nivel de permanencia (PE) o al de inexistencia (PD); pero para que ello ocurra es relevante el impacto de una doble modificación: la primera, cualitativamente positiva para la estabilidad de una ED o, la segunda, cualitativamente negativa para la inexistencia de una ED. En el primer caso, la alteración hace evolucionar a una ED (a una escala PE, por ejemplo), y en el segundo, la alteración amenaza su estabilidad. Como se dijo antes, estas fluctuaciones pueden ser mínimas (primera regla) e impredecibles (segunda regla).

En estos casos, se puede decir simplemente que esa ED, que puede ser un concepto jurídico o una norma de derecho, ha mutado. Ahora bien, el impacto de esa alteración no es siempre en la ED (considerada en su forma externa) sino en sus *componentes mínimos*; piénsese, a modo de ejemplo, en la oferta y aceptación que integran la noción de contrato o, para ser más exactos, en la cuestión de si la aceptación en bloque de un contrato pre-redactado implica consentimiento o sometimiento, lo cual nos llevaría a cuestionar la categoría formal de si hay o no contrato.

Con un ejemplo demostraremos más adelante la aplicación de tales pautas, que si se mira con atención no debe suponer ninguna novedad, ya que ese y otros ejemplos se han presentado desde el

derecho romano a la actualidad en la línea de la evolución jurídica de los temas de derecho.

Con lo cual, en el orden *fáctico*, la idea de que la pluralidad es irreductible a una unidad jurídica no parece ser del todo cierta. Veamos por qué se puede llegar a postular ello y cómo es posible que la diversidad llegue a integrar o formar parte de la construcción de una unidad de derecho.

3. Inclusión de variables no solo de derecho al objeto de análisis

Si se quiere explicar el comportamiento legal de un concepto, una norma, un principio, una estructura o, incluso, como señala Watson, un sistema de derecho²¹, debe incluirse a priori en el tratamiento de la información todas las variables y vicisitudes en que se asienta el fenómeno objeto de análisis en razón de que todas aportan a la estabilidad del sistema en uno u otro grado de intensidad. Lo que, en rigor, impide soslayar la diversidad. Merced a ello, no resulta coherente rechazar, por ejemplo, la historia del derecho, la sociología jurídica, el análisis económico del derecho, la política, el derecho comparado, la psicología ni otras áreas de análisis jurídico dado que, como recuerda Rorty, la diversidad de estos factores, causas o variables externas pueden contribuir a resolver una cuestión jurídica de manera satisfactoria²².

De modo que procede, en un primer momento, “atraer” al programa de construcción del derecho la información jurídica procesada por aquellas áreas del conocimiento puestas en duda por algún sector de la doctrina científica, como son la historia del derecho y el derecho romano en particular²³. Es más, el mismo patrón positivista que nutrió los códigos europeos en época de la codificación, tendría relevancia a la hora de verificar un resultado jurídico²⁴. Si seguimos, de ello no procedería la fragmentación,

21 A. Watson, *Legal transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 17-19 (1993).

22 R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, 96 y ss. (1999).

23 Con la inclusión de otras áreas que no sean de derecho, agrega Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, 96 (1999), se extiende el análisis jurídico hasta conseguir su dinámica, menos formal, y solucionar de este modo un caso concreto con este apoyo de ideas que el juez puede usar.

24 Ello en el sentido de que si se conviene en la idea de apertura de la información jurídica, no

anulación o exclusión de elemento o componente alguno de ese elenco de variables o condiciones iniciales, ni menos de la dinámica interna de sus vicisitudes jurídicas.

Así las cosas, con la inclusión de la diversidad en el área de vigencia de una unidad jurídica se enriquecería no solo el cuadro de examen sino los resultados a obtenerse de él y, además, se rompería o superaría el método de análisis axiomático del derecho.

En un segundo momento, y a fin de explicar la estabilidad de una estructura de derecho, consideramos que la decisión más importante descansa en las pautas de valoración de la información pre-seleccionada por el operador. Ella esclarecerá cuándo una estructura de derecho se halla en un nivel evolutivamente estable y, por tanto, vigente dentro del sistema de derecho: ya porque el impacto de las mutaciones o alteraciones jurídicas la han transformado en una nueva unidad de derecho o porque ella ha resistido al impacto de dichas alteraciones. Incluso, una tercera opción llegaría a ser posible: la pérdida de vigencia de una estructura jurídica dentro del sistema de derecho, que se daría, por ejemplo, cuando la inestabilidad, como fenómeno de mutaciones, hace perder vigencia a tal estructura de derecho como ocurre a menudo con el tiempo de eficacia de una norma o concepto jurídico, tal y como se comprueba con los ejemplos de la evolución jurídica a lo largo de la historia del derecho.

Por ello, tras la inclusión de la diversidad en el examen del comportamiento de una estructura de derecho, lo decisivo gravita en dos pautas claves en esta fase: identificar y valorar la “selección” y la “cualidad” de la información jurídica a transmitir, a fin de derivar luego consecuencias reales, lo cual involucra, desde luego, un examen particular de las aplicaciones prácticas de la idea de unidad jurídica.

podría sesgarse la información que contiene la época del positivismo dado que supuso en su momento un cambio relevante en la forma de construir y entender el derecho; por lo tanto, puede decirse que ella contiene una riqueza de material jurídico significativo que ha de considerarse; de hecho, en la actualidad, si bien es cierto que el paradigma positivista ha mutado, o se ha dejado atrás, aún perviven restos relevantes que inciden a la hora de interpretar y aplicar el derecho.

4. Valoración teórica

La doctrina de los *legal transplants* de Watson llega a ser útil, por un lado, para identificar el comportamiento evolutivo de los conceptos, categorías y estructuras jurídicas del sistema de derecho (o, lo que es igual, de la información seleccionada) y explicar, por otro lado, su estabilidad o adaptación al complejo entorno de los cambios jurídicos, con apoyo, por supuesto, de aquellas áreas de análisis jurídico precitadas²⁵ y de las doctrinas del *hybrid and dynamic multi-level system*²⁶, del método de interpretación amistosa de la integración jurídica europea o *Europe-friendly interpretation* defendido por von Bar y otros renombrados autores²⁷.

En este ejercicio de valoración de la información jurídica preseleccionada, consideramos que las ideas de evolución y estabilidad, junto con las dos reglas del paradigma de integración flexible que ya se apuntaron²⁸, encierran las llaves para abrir las puertas de una mejor comprensión de la dinámica de la doctrina de integración que se intenta explicar. Así, si se trasladan ambos tópicos a la arena de debates, por la unidad jurídica o por la diversidad, la respuesta no siempre se inclinaría de modo determinante hacia uno de los dos lados. Sorprenderá que ello sea así. Por lo que, previo a valorar, en concreto, la dinámica de una estructura de derecho, conviene dejar sentado a la luz del bloque de instrumentos precitados por qué es importante no sesgar la información que pueda aportar una variable determinada o, dicho de otro modo, por qué debe acogerse la diversidad.

Dicho ello, comencemos el análisis de valoración por el lado de la dinámica de la diversidad jurídica sin perder de vista nuestro modelo: el de la copia del viejo *ius commune* al (entre comillas) nuevo *ius commune* europeo.

A este efecto, si se considera en conjunto la dinámica de la integración flexible como la pauta básica de las teorías que apoyan la doctrina de la europeización jurídica, los resultados en la práctica se ajustarían a la idea de unidad jurídica antes que a la de diver-

25 *Vid.* lo que ya se dijo, *Supra* III, B.

26 M. Hesselink, *A European Legal Sciencie? On European private law and scientific method*, *Centre for the Study of European Contract Law*, Working Paper 2008/02, (2008).

27 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, 406 y ss. (1996).

28 *Vid.* lo que ya se dijo, *Supra* III, B.

sidad en sentido estricto. No obstante, creemos que en un primer momento esta última llegaría a tener un valor notable de cara a entender la idea oscura de la formación de una unidad jurídica, como se verá enseguida.

Si se sigue la idea de integración desde la óptica de la diversidad y se consigue aplicar sus pautas básicas al nuevo paradigma de estudio, la teoría de retornar al viejo canon de unificación del *ius commune*, a fin de construir un sistema de unificación jurídica posmoderno, esto es, un nuevo *ius commune* europeo, llegaría a ser en principio irrealizable.

Ello generará enseguida un importante cuestionamiento: ¿qué razón justifica en realidad la impugnación a la unidad jurídica común? En nuestra opinión, la razón más importante descansaría, en este caso, en la distancia y en la diferencia entre ambos modelos de sistematización jurídica.

En efecto, al margen de la evidente diferencia del uso de fuentes, idioma, enseñanza, literatura, un grupo homogéneo de juristas y una sociedad de rasgos comunes, la idea de retrotraer al presente y situar en el cuadro de evolución jurídica actual el mismo arquetipo del *ius commune* vulnera no solo la idea de diversidad por esa evidente distancia histórica sino, además, la realidad de las cosas. En este sentido, Luig lleva razón, cuando señala cómo se puede exigir la restauración de la vieja educación jurídica y no la práctica de quemar herejes, dado que ello fue también parte del modelo unificado del *ius commune*²⁹. Para él la idea de unificación tiene sentido de control político antes que de desarrollo jurídico. La noción de identidad solo tiene cabida, por ello, en el mundo de los conceptos, en el academicismo jurídico, que por definición se halla fuera de la realidad de los hechos. A causa de lo cual, la crítica negativa al planteamiento de un nuevo *ius commune* como retorno nostálgico, de impronta academicista, que tiene como único destino —criticando de este modo a Zimmermann— un nuevo cuadro jurídico fundado en el mito de retorno al pasado, llegaría a tener en sí cierto sentido.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el triunfo de la diversidad sobre la idea de retorno al *ius commune* no es del todo cierto. La verdad es que, como ya se dijo, resulta por un lado imposible o

29 *Vid.*, en concreto, K. Luig, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, ZEuP, 407 y ss. (1997).

irrealizable ajustar cualquier fórmula de identidad entre un sistema de derecho y otro, especialmente si entre ellos existe una diferencia temporal de casi nueve siglos en la cual resulta más que evidente la evolución del derecho; por lo que la diversidad jurídica y esa enorme distancia histórica han de valorarse en este sentido positivamente. Por otro lado, no puede sesgarse del todo el pasado remoto, el pasado inmediato ni tampoco el presente evolutivo, dado que en la interacción jurídica de conceptos, principios, categorías, institutos y estructuras de derecho de dicha escala temporal se funda día a día un sistema de normas jurídicas, o dicho de otro modo, sobre la base de la evolución de las vicisitudes jurídicas, de la formación de unidades de transmisión jurídica y, como dice Watson, de los trasplantes legales, un sistema de derecho busca de modo constante niveles de estabilidad jurídica en medio del voraz desconcierto del tráfico jurídico en cada estado evolutivo, lo cual supone su propia reacción frente al impacto de esa pluralidad o divergencia desorganizada e inestable de las vicisitudes jurídicas³⁰.

Como no se puede anular la historia como hecho ni como variable a la hora de trazar una línea de proyección futura del derecho, hay que integrarla a efecto de extraer un elenco aproximado de divergencias y semejanzas y, con ello, constatar qué cambios jurídicos han derivado a unidades de semejanza o de transmisión jurídica y cuáles se han mantenido por su especial estado cualitativo estables a lo largo del iter de evolución. Si dirigimos nuestro análisis sobre esta trayectoria, nos daremos cuenta de que se puede recoger un puñado de material jurídico (principios, reglas, institutos, ideas y estructuras), copiado y seleccionado por la interacción de la alteridad, cuya característica más notable llegaría a ser, como ya se dijo, hacer frente o resistir a la divergencia desorganizada de las transformaciones jurídicas y adaptarse a una línea evolutivamente estable. Lo cual se halla completamente alejado, desde luego, de toda deducción axiomática relativa al concepto de identidad o unidad, incluso al de divergencia stricto sensu.

Una vez obtenida una valoración dinámica de la diversidad es oportuno, a favor del análisis, descender a un terreno mucho más práctico que dé cuenta de la importancia de la tesis de integración

30 A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, December, v. 4, 4 y ss. (2000). Disponible en: <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>

flexible del derecho, que defendemos. Como ya se dijo, en este punto las claves de valoración descansan en las ideas de evolución, estabilidad, alteración mínima de las condiciones iniciales e indeterminación de la vida jurídica de una estructura de derecho, que en las siguientes líneas se tratarán de llevar a la práctica. De modo que la clave para constatar qué cambios jurídicos son los que han de premiarse con el privilegio de la estabilidad de una unidad de transmisión jurídica o, dicho de modo didáctico, qué entidades jurídicas son las que sobreviven a la complejidad del entorno jurídico por aplicación del mecanismo de selección y valoración, encierra aun en este examen un enigma que requiere ser desbrozado.

5. Las razones de Watson y las de estabilidad de las condiciones iniciales de Morin

Watson tiene razón al afirmar que lo relevante para establecer la vigencia de una unidad jurídica será, en estos casos, constatar la formación de préstamos o trasplantes legales³¹. Ello *debe ser* así, según el autor, a efecto de tener conocimiento de lo que se ha hecho y de lo que en consecuencia se puede hacer³². Prueba de esta evolución jurídica viene a ser, por ejemplo, el tránsito de las *Institutas* de Gayo a las *Institutas* de Justiniano, que no solo anula (o pone entre paréntesis) las pautas jurídicas locales, sino que organiza un tejido común, diluyendo la diversidad más aprehensible en un derecho escrito. Para ello basta señalar que el sistema de derecho justiniano encarna un salto evolutivo en relación con el de Gayo en orden a que no solo pervive el canon de división de materias y algunos pasajes jurídicos, sino que se nutre de la nueva divergencia aprehensible de la época que se corresponde con el denominado Siglo de la Ciencia que va desde Adriano hasta Alejandro Severo, en la cual destaca la labor de los jurisconsultos que puede abreviarse en las obras de las *Institutas* de Gayo, Florentino, Calistrato, Paulo, Ulpiano, Marciano y en el *Corpus Iuris Civilis*, en los cuales —en especial en este último— la labor de identificación, valoración y selección del material jurídico fue decisiva. Es más, en el estadio

31 A. Watson, *Legal transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 16-29 (1993).

32 A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, December, v. 4, 3-5 (2000). Disponible en: <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>

siguiente del proceso de copia y selección (o magnitud escalar en términos de la teoría de la complejidad)³³ la dependencia de las *Institutas* de Justiniano en el derecho local de Europa occidental del siglo XVII fue base jurídica para la codificación moderna de finales del siglo XIX.

Así pues, en la vida jurídica de un sistema de derecho la copia o imitación de ese material jurídico, que forma unidades mínimas de transmisión, es uno de los factores decisivos para la pervivencia en el tiempo tanto de ideas, categorías, institutos y del sistema mismo, siendo lo difícil en todos estos casos determinar qué causas son las que provocan el cambio cualitativo de un canon jurídico a otro o, dicho de otro modo, qué factor decide las normas jurídicas (conceptos o categorías) a copiarse.

La respuesta es sin duda difícil. Y aunque este no es lugar para abordar el tema con profundidad, podemos adelantar que la selección de la vigencia de una norma o idea jurídica no responde a un solo factor sino a la interacción de factores múltiples internos y externos de un determinado sistema normativo. Así, mal podría decirse que la acción del legislador es causa exclusiva y determinante para la vigencia de una categoría jurídica en orden a que ella se nutre además de factores o premisas previas, tales como la regularidad de ciertas pautas de derecho local, la casuística o la opinión de la doctrina científica. Incluso si la nueva norma se instalara sin dichas premisas, siempre se hallaría condicionada antes y después a la interacción de la diversidad sociocultural y económica del complejo entorno jurídico. Es más, la vida jurídica de un concepto o categoría de derecho fruto de la jurisprudencia o de la doctrina

33 En sistemas complejos, aquellos que se hallan en un estado intermedio entre un estado ordenado y otro desordenado, que su comportamiento se define por la variabilidad de los elementos que identifican su estructura interna, incluso la más mínima, la magnitud escalar alude a la trayectoria o capas (pueden ser hechos sociales) donde ocurren los cambios cualitativos, que son los que provocan en definitiva el cambio general. La introducción de la idea de la desviación de los sistemas ordenados, que pueden tener fuente en los conceptos de azar “chance or accident” (I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 14 y ss. (1997) comporta una objeción abierta al determinismo matematizable de la física clásica. Con el postulado de “el fin de las certezas de la física clásica”, el fin de las certidumbres, Prigogine propone una apertura sobre la base del sujeto: con la ruptura se crean nuevas magnitudes escalares de libertad en cuyo contexto el comportamiento es impredecible. Ello es llevado al área de los comportamientos sociales; Morin, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, Hampton Press, 37-51 (2008) propugna y construye un paradigma de complejidad sobre la base de las condiciones que identifican los sistemas complejos.

se hallaría menos condicionada a la acción de ese único factor determinante que es, como se dijo, el legislador. En suma, se podría decir que la selección y copia de un concepto de derecho obedece a la interacción de ciertas “unidades de transmisión jurídica” o, lo que es igual, a la diversidad que identifica el mundo del derecho.

No obstante, si quisiéramos concretizar aun más este examen, diríamos a priori, siguiendo a Mattei, que únicamente las reglas eficientes llegarían a ser transmitidas o trasplantadas³⁴. Con ello, en la eficiencia de la norma frente a la heterogeneidad jurídica descansaría la clave de permanencia de esa norma en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, para superar la polémica que provoca a menudo la explicación del análisis económico del derecho y, en especial, aquel que destaca Smits, relativo a que “*una correcta elección puede hacerse sólo si se cuenta con toda la información necesaria*”³⁵, nosotros añadiríamos este efecto a la doctrina de los *legal transplants*, y con riesgo a revisión, que el hecho decisivo para que una regla sea seleccionada o trasplantada es que ante el impacto de la diversidad jurídica se mantenga estable con base en sus “condiciones iniciales”, esto es, en esas que la identifican como regla, categoría, concepto, institución, estructura o sistema jurídico. Dicho de otra forma, la estabilidad de las condiciones iniciales es de modo constante el factor relevante frente a la diversidad del tráfico jurídico.

Se puede decir algo más: si la diversidad altera cualitativamente alguna de esas condiciones iniciales, el concepto o categoría jurídica habrá evolucionado. Es decir, que al alterarse esas condiciones básicas, las citadas pautas de derecho (*e.g.* un instituto o un concepto jurídico) se auto-organizarán en una nueva escala de estabilidad jurídica distinta de la anterior y con la adquisición de un régimen jurídico modificado. Consecuencia de ello, la nueva pauta de derecho llegaría a instalarse de este modo como el nuevo elemento estable o el nuevo huésped cualificado del sistema jurídico.

Con un ejemplo práctico se verá mejor cuál es el comportamiento y alcance de estas valoraciones.

34 U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *International Review of Law and Economics*, 3 (1994).

35 J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 336 (1998).

6. Prueba de nuestra teoría: la transformación cualitativa de la permuta financiera

La dinámica de estabilidad de las estructuras de derecho por modificación cualitativa de sus condiciones iniciales se entiende mejor, sin lugar a dudas, por su aplicación práctica. A este efecto, piénsese en la categoría jurídica de la permuta financiera o *swap* de impronta anglosajona. Respecto a ella, en la actualidad difícilmente alguien se atrevería a afirmar que el *swap* guarda relación de identidad con el contrato de permuta tradicional, que tiene por condición básica el intercambio de una cosa por otra (ex art. 1538 CC español), principalmente porque variables de análisis como espacio y tiempo nos sitúan en la diversidad y distancia que existe entre una economía de mercado agrario y otra de activos financieros. Tal y como apunta Vega Vega: “*La incidencia del contrato de permuta en el swap es mínimo en orden a que el dinero no desempeña su función de instrumento de cambio*”³⁶, y más bien, como dice Díaz Ruiz, supone una mera función de medio o instrumento de pago o cumplimiento de las obligaciones recíprocas³⁷. Incluso admitiendo la permuta de dinero, el intercambio que suscita el *swap* no guarda relación con la tradicional estructura del “*cambio de dos bienes materiales de valor equivalente*”³⁸ dado que, como explica Lasarte, aunque pueda intervenir dinero en la permuta, este solo sirve para igualar el valor de las cosas; las partes se transfieren recíprocamente por aplicación del artículo 1446 del CC español, que admite la permuta solo cuando el valor de la cosa excede al de aquél³⁹. Así pues, el tópico que distingue a estas dos figuras yace en la función del dinero: si él tiene función de cambio, estaremos frente al contrato de permuta del artículo 1446 CC, y si tiene función de medio de pago, estaremos frente al contrato de permuta financiera o *swap*, dado que en este último caso, según se dijo, los flujos de dinero, que son objeto de

36 Así, J. Vega Vega, *El contrato de Permuta Financiera (SWAP)*, Aranzadi, Navarra, 58 (2002).

37 Pero de ninguna manera ello supone que las partes se comprometen a un intercambio de flujos de dinero, sino de deudas y en un lapso de tiempo; v., en este sentido, E. Díaz Ruiz, *El contrato de swap*, X, RDBB, No. 36, 757-758 (1989).

38 En este sentido, v., E. Valpuesta Gastaminza, *Las operaciones de swaps*, en: P. Blanco Morales, Coord., *Contratos Internacionales*, Madrid, 1058-1059 (1997).

39 En este sentido, Lasarte, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 293-294 (1996) sobre la interpretación que extrae del artículo 1446 del CC.

intercambio, tienen causa en la asunción de obligaciones recíprocas de pago y no en virtud de un auténtico intercambio de bienes⁴⁰.

Volviendo a la idea de copia y selección o trasplante de las estructuras de derecho, podríamos afirmar a priori que el impacto de la diversidad financiera en la estructura de la permuta ha sido el valor trascendente de su evolución jurídica. A tal punto que de la idea de existencia de una función económica de intercambio de cosa por cosa se ha llegado a otra de intercambio de pagos de dinero (divisas o tipos de interés) o, lo que vendría a ser igual, al canje de deudas entre dos partes que estipulan de antemano una estimación fija de acuerdo con ciertos parámetros de cálculo que es propio en el ámbito de los inversores. Naturalmente, el régimen jurídico de estos paradigmas es distinto. No podría aplicarse así al *swap* el mecanismo de defensa que regula el artículo 346 del CC español en orden a que, como pone de relieve Valpuesta Gastaminza, esas reglas están pensadas para la entrega de cosas materiales, es decir, relativas a vicios aparentes u ocultos, evicción, lugar de entrega, entre otros⁴¹. En una palabra, la “alteración del objeto contractual” de la permuta tradicional supone el nacimiento a la vida jurídica de la permuta financiera. En este sentido resulta lógico que dado el cambio de objeto, el régimen jurídico de la permuta tradicional se resista a amparar el intercambio de pagos del *swap*. Como ello no vulnera la frontera de licitud, el objeto de esa transacción halla en el entorno del derecho un nuevo régimen jurídico y, en consecuencia, un nuevo nivel de estabilidad jurídica distinto de su paradigma originario.

Así expuestas las cosas, es consistente defender la dinámica de selección y transmisión de unidades jurídicas, la de evolución en otras palabras, cuyo apoyo básico se funda, según se dijo, en dos claves de argumentación decisivas: primero, la identificación de las ideas de función de cambio, función de medio de pago, contenido del objeto del contrato y régimen jurídico, que se ajustan, como se dijo, a la doctrina de los *legal transplants* e *hybrid and dynamic*

40 Tal es así, que este “activo” de deudas puede ser utilizado por los inversores, a diferencia de las operaciones pasivas realizadas de ordinario por los prestatarios. Ampliamente, v., A. De La Torre, *Operaciones de permuta financiera (Swaps)*, Barcelona, 109 (1996).

41 *Vid.*, en este sentido, E. Valpuesta Gastaminza, *Las operaciones de swaps*, en: *Contratos Internacionales*, P. Blanco Morales, Coord., Madrid, 1059 (1997).

multi-level system con las variantes que hemos apuntado⁴² y que encarnan lo que hemos llamado las “condiciones iniciales o básicas” de un determinado paradigma de derecho; segundo, la intensidad o cualidad de la alteración sobre alguna de esas condiciones iniciales en orden a que en nuestra hipótesis ella define el siguiente *status* de estabilidad jurídica. En suma, ello quiere decir que la estabilidad de las condiciones iniciales y el impacto cualitativo, y no cuantitativo, de la diversidad jurídica moderan o modelan la vida jurídica de una determinada estructura de derecho. Por contra, un cambio no-cualitativo mantendría la misma escala de estabilidad originaria. Por esta razón es que afirmamos que únicamente la alteración cualitativa del contenido del objeto contractual de nuestra hipótesis (esto es, referido al intercambio recíproco de deudas o al pasivo del patrimonio de las partes) es vital en la ruptura de la estructura típica de la permuta. Los sucesos ulteriores que de allí derivan son en efecto transicionales pero no sin importancia, dado que ponen el punto final al comportamiento evolutivo de una figura jurídica, tal y como sucede con la legitimación de un “régimen jurídico autónomo” según se ha visto en nuestro ejemplo de los contratos de permuta⁴³.

7. A favor de la idea de la armonización jurídica

Sobre la base de esta lógica, la defensa del nacimiento *ex novo* a la vida jurídica de una estructura de derecho llega a ser inconsistente. Tal y como se ha argumentado, es relevante a estos efectos ampliar la información de la acción heterogénea de todas las variables que inciden sobre una determinada unidad de derecho. Por lo que toda fragmentación supone una desviación de la trayectoria evolutiva de una estructura de derecho. Tal es así que, por ejemplo, en la hipótesis de la permuta la línea de modificación comienza en la idea de cambio de cosa por cosa del derecho romano, pasa por la dinámica del objeto contractual del derecho codificado y concluye con la idea

42 *Vid.* lo que ya se dijo, *Supra* I, A, 1, a).

43 Es verdad que el *swap* nada tiene que ver con la permuta tradicional. Ello porque, como bien apunta Valpuesta Gastaminza (*Las operaciones de swaps*, op. cit., 1058-1059), “esta última parte del intercambio de dos bienes materiales de valor equivalente, y aún cuando se admite la permuta de créditos, que no tiene una realidad material, pasar a pensar que el swap tenga algo de permuta resulta un tanto excesivo”. Sin embargo, resulta difícil negar que la nueva permuta aún mantenga la idea de intercambio, aunque esta vez de un objeto contractual distinto.

de intercambio, no ya de derechos o cosas, sino de obligaciones o pago de deudas que incluso, sin ser equivalente, tiene vigencia en el derecho moderno. Si se mira bien, este paradigma jurídico habría contrastado el vigor del derecho histórico, del derecho positivo de época de las codificaciones y del derecho moderno merced no solo a una variable concreta sino a la interacción de doctrinas, casuística, pautas de derecho local, normativa jurídica y a lo que Rorty denomina áreas de análisis jurídico, como la historia del derecho, la sociología jurídica, el análisis económico y la psicología jurídica, entre otros⁴⁴. Se quiere decir con ello que difícilmente es posible arrogar autoridad a un único agente heterogéneo como parecen pro-pugnar Legrand⁴⁵, Pio Caroni⁴⁶, Braudener⁴⁷, Amarelli⁴⁸ y Sánchez Lorenzo⁴⁹. Por lo que en el marco de una interpretación amistosa de la europeización del derecho privado defendida por von Bar⁵⁰ y de la libertad de movimiento de las pautas de derecho defendida por Smits⁵¹, *free movement of legal rules*, es, según mi modo de ver, la interacción de todos los agentes heterogéneos la que incide en la construcción del derecho, básicamente porque ellos aportan con sus

44 R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, 96 y ss. (1999).

45 P. Legrand, *European legal systems are not converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 61 y ss. (1996).

46 P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, ZNR, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 85 y ss. (1994).

47 W. Braudener, *Europäisches Privatrecht- aber was ist es?*, ZNR, 225 y ss. (1993).

48 F. Amarelli, *Reflexiones Contra Corriente*, en M. Díaz Romero, Coord., *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro*, Civitas, Pamplona, 42-47 (2008), quien contra el proceso de unificación del derecho privado europeo expone que es preciso convencirse del hecho de que el derecho romano, en Europa, está completamente desaparecido de la escena legislativa y judicial, reservándose únicamente un espacio académico. Esta parece ser una idea, si no absurda en sí misma, al menos fuertemente discutible, pues el derecho europeo tiene raíces que pueden ser exploradas por los romanistas e historiadores antiguos: ante todo porque se prescinde totalmente de la verificación de qué deba entenderse hoy por derecho europeo; en segundo lugar, porque se olvida completamente el dato representado por la Europa nacida después del segundo conflicto mundial para impedir nuevas guerras entre los estados europeos; y en tercer lugar, porque no se comprende cómo deba ser únicamente el derecho privado el que sustancie al derecho común europeo. Según Amarelli, el pronóstico de la unificación es “*el de ver debilitarse de forma progresiva la pretensión de aquéllos que creen en la coyuntura de una reutilización de los modelos que la historia del derecho nos ofrece: transformándose en una coraza que el presente se coloca encima haciéndose de este modo impermeable a la actualidad y a las crecientes dinámicas sociales*”.

49 Ello en el sentido que Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Comares, 143 (2002), anula la tradición y la historia en la formación de un pensamiento jurídico común, y en lugar de ello avala la idea de un derecho positivo *soft* bajo la justificación que ella no es destructiva sino deconstrutiva.

50 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, 406 y ss. (1996).

51 J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 339-340 (1998).

reglas, sus académicos, sus métodos y sus fuentes de derecho, lo cual nutre y no vulnera el sistema. En consonancia con ello, Hesselink acierta al inferir que en la evolución de las estructuras de derecho: “*there are players on all levels and each with a different idea of what the legal system is that they study from inside*”⁵².

Por tales razones, no considero que la indagación de la ciencia del derecho en la historia, como ha examinado Zimmermann, sea un exceso⁵³. Es más, fruto de ello y del trabajo de una pluralidad de agentes es que los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) constituyen en la actualidad la base jurídica más significativa de la construcción del nuevo sistema de derecho. No obstante, los PECL no son, de ninguna manera, el factor determinante de la unidad jurídica europea, según se ha explicado en líneas anteriores, sino un solitario pero valioso instrumento hacia a la integración jurídica.

Con lo cual, en el marco de un pensamiento relacional entre los diversos factores que aportan a la unificación, la vuelta al *ius commune*, según las ideas que hemos vertido, no roza con el absurdo sino más bien con el aporte. De hecho, la ciencia jurídica “en toda su magnitud” se halla comprometida con una posición activa ante esa unificación ya que, como concluye acertadamente Kötz: “*La unificación del derecho europeo es un asunto demasiado serio para ser dejado exclusivamente en manos del legislador*”⁵⁴. Por fortuna, esta aguda e interesante discusión no es extrapolable a la idea de unificación del derecho privado latinoamericano. Allí la realidad es ciertamente distinta aunque no por ello menos compleja.

52 M. Hesselink, *A European Legal Sciencie? On European private law and scientific method*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 2008/02 (2008).

53 *Vid.*, al respecto, R. Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea*, *ERLP, European Review of Private Law*, 100-101 (1995).

54 H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages*, en U. Mattei, *Review of Books on Private Law and EU Law*, 5 *European Law Journal*, No. 2, 13 (1999).

CONCLUSIONES

La integración económica de Latinoamérica es en la práctica una irrealidad, por lo menos a corto plazo. Si esta es condición para la integración jurídica (armonización), como pone de manifiesto el derecho europeo, la armonización jurídica latinoamericana llegaría a ser también una irrealidad. Resulta inevitable la convergencia en lo económico y político de los países latinoamericanos. La distorsión no solo es lesiva en la actualidad, sino también a largo plazo. Un argumento que rompe esta inmovilización del derecho es, desde nuestra óptica, la creación de una cultura jurídica común latinoamericana, que no es en rigor normativa, sino valorativa desde el ámbito de la labor de los juristas.

Si un día contáramos con un código civil latinoamericano, las condiciones previas a ello no descansarían precisamente en manos del legislador, en la producción normativa, sino en una fase que consideramos insoslayable: la gestación de una cultura, de un espíritu jurídico común, de unir en un solo crisol los vértices de la dispersión jurídica de los países latinoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- A. De La Torre, *Operaciones de permuta financiera (Swaps)*, Ariel, Barcelona (1996).
- A. Watson, *Legal transplants: An approach to comparative law*, University of Georgia Press, Georgia (1993).
- B. Latour, *Science in Action: How to follow Scientists and Engineers through Society*, Harvard University Press (1987).
- C. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I. La giurisprudenza romana e il passaggio dall' antichità al Medioevo. II. Dal medioevo all' epoca contemporaneacontemporánea*, Giapichelli, Torino (1976).
- C. Lasarte, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid (1996).
- C. Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Beck, München (1996).
- E. Morin, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, Hampton Press, New York, 37-51 (2008).
- F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milan (1951).
- F. Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Comares, Granada (2000).
- Feyerabend, *Against Method*, Verso, New York (1993).
- G. Pujol, *La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad*, Trotta, Madrid (2001).
- H. Coing, *Derecho privado europeo*, trad. A. Pérez Martín, Fund. Cult. del Notariado, Madrid (1996).
- H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Beck, München (1986).
- H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4^a ed., Müller C. F., Heidelberg (2004).
- H. Hattenhauer, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen*, Beck, München (1967).
- I. Prigogine, *The end of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*, New York, 183 y ss. (1997).
- J. Tito, *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*, 1a. ed., Ediciones Uninorte – Ibañez – Grijley, Barranquilla – Bogotá – Lima, 3-4 (2012).
- J. Vega Vega, *El contrato de Permuta Financiera (SWAP)*, Aranzadi, Navarra (2002).
- K. Popper, *The Logic Scientific Discovery*, Routledge, New York (2002).
- P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Tejeiro, Tecnos, Madrid (1955).
- R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, London, 96 y ss. (1999).

- R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4-51 (1993).
- S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada (2002).
- T. Khun, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago, 160 y ss. (1996).

Contribuciones en obras colectivas

- E. Valpuesta Gastaminza, “Las operaciones de swaps”, en: P. Blanco Morales, Coord., *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1058-1059 (1997).
- F. Amarelli, “Reflexiones contra corriente”, en: M. Díaz Romero, Coord., *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro*, Civitas, Pamplona, 42-47 (2008).
- H. Coing, “Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft”, en: *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 9 y ss. (1979).
- J. Tito, “Consideraciones para la regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros”, en: *Memorias 2do Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual*, Ed. Publicaciones Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, 42-43 (2010).
- P. S. Menell, “Intellectual Property Law”, en: A. Mitchell Polinsky & S. Shavell, Eds., *Handbook of Law and Economics*, Elsevier North Holland, Amsterdam, 1475-1476 (2007).
- R. Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, en: *Towards a European civil code*, A. Hartkamp, Ed., Boston, London, 65-81 (1994).

Revistas

- A. Watson, “Legal Transplants and European Private Law”, 4 *Electronic Journal of Comparative Law*, 4 y ss. (dic., 2000). Disponible en: <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>
- E. Díaz Ruiz, *El contrato de swap*, X, *RDBB*, No. 36, 757-758 (1989).
- H. Kötz, “Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages”, en U. Mattei, *Review of Books on Private Law and EU Law*, 5 *European Law Journal*, N° 2, 137 (1999).
- J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 336 (1998).
- K. Luig, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, *ZEuP*, 407 y ss. (1997).
- P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, *ZNZ, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 85 y ss. (1994).

- P. Legrand, *European legal systems are not converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 61 y ss. (1996).
- P. Legrand, *The impossibility of Legal Transplants*, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 123 y ss. (1997).
- R. Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea*, *ERLP, European Review of Private Law*, 100-101 (1995).
- U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *International Review of Law and Economics*, 3 (1994).
- W. Braudener, *Europäisches Privatrecht- aber was ist es?*, *ZNR*, 225 y ss. (1993).

Working papers

- M. Hesselink, *A European legal sciencie? On European private law and scientific method*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper 2008/02, 33 y ss. (2008).