

# NUEVAMENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LA RECEPCIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI\*

## A) La recepción y la cultura argentina en general

### I) *La recepción en el espacio, el tiempo y la materia*

1. Hace más de veinticinco años venimos ocupándonos de la recepción jurídica, principalmente en el *espacio*, pero también en el *tiempo* y la *materia*<sup>1</sup>. La limitada bibliografía que existía al comienzo de nuestras investigaciones<sup>2</sup>, cuya limitación era motivada a su vez en gran medida por la recepción de modelos científicos de los países “centrales”, por entonces no interesados en el tema, por ser exportadores de modelos, se ha superado por la recepción actual de esos intereses centrales, acuciados por la recepción que se produce en sus propios ámbitos, sobre todo en el curso de la globalización/marginación<sup>3</sup>.

\* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

1 Es posible v. por ej. nuestros trabajos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Derecho Civil”, 8, 1979, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, 1987, págs. 33 y ss.; “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado” (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, 1978; “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, 26-5-2006, págs. 1/4.

Puede v. Kelsen, Hart y Dworkin en Hispanoamérica: condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho, Diego Eduardo López Medina, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/25.pdf> (12-7-2006).

Cabe c. Libro Homenaje al suscripto, “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, directores Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, coordinador Carlos A. Hernández, Bs. As., La Ley, 2005.

2 Es posible recordar por ej. PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique”, París, L. G. D. J., 1975.

3 Puede v. nuestro estudio “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 41/56.

Cabe c., entre los nuevos trabajos referidos a la recepción, WATSON, Alan, “Legal Transplants”, 2ª. ed., Athens, University of Georgia Press; MEROI, Andrea A., “Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica”, en este mismo número de la “Revista del Centro...”; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, puede v. por ej., ÖRÜCÜ, Esin, “Law as transposition”, en “International and Comparative Law Quarterly”, vol. 51, esp. pág. 206. Suele decirse que la historia del Derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (v. ÖRÜCÜ, op. cit., pág. 222). Una bibliografía sobre el tema puede v. en Comparative Institutional

La recepción en el espacio es una perspectiva de gran significación en el “Derecho Universal”, como despliegue, no necesariamente uniforme, de la juridicidad planetaria<sup>4</sup>; la recepción en el tiempo es un enfoque muy importante en la Historia del Derecho<sup>5</sup> y la recepción en la materia es cuestión relevante de la Teoría General del Derecho como consideración del

Economics 2, CEU Economics Department, Spring 2006, [http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter\\_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf](http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf) (4-7-2006) –trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonathan M. Miller, Sharun W. Mukand y otros–. Asimismo cabe c. por ej. EJCL, vol. 9. 3., Jaakko Husa, Esin Öricü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), vi + 242 pp., ISBN 90-04-13989-3, EUR 74, <http://www.ejcl.org/93/review93.html> (9-7-2006).

También, en cuanto a la penetración del common law, puede v. por ej. Association Henri Capitant des Amis de la Cultura Juridique Française, *Les droits de tradition civiliste en question*, [http://www.henricapitant.org/article.php3?id\\_article=46](http://www.henricapitant.org/article.php3?id_article=46), [http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Les\\_droits\\_de\\_tradition\\_civiliste\\_en\\_question.pdf](http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf) (4-7-2006). Acerca de la “civilisation” del common law puede v. la “Revue internationale de législation comparée”, t. 45, 3 (GLENN, H. Patrick, “La civilisation de la common law”, págs. 559 y ss.). En cuanto a los contactos y la recepción entre Derechos europeos, puede v. por ej. COING, Helmut, “Derecho privado europeo”, trad. Dr. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, t. II, 1996, págs. 91/2. Es posible v. panoramas acerca de las posibilidades de la recepción y sus efectos en *The Journal of Comparative Law, A New Scholarly Resource*, Nicholas HD Foster, <http://www.wildy.co.uk/jcl/pdfs/foster.pdf?PHPSESSID=cc7f87794a692f2bb5d31155d5465621> (9-7-2006); *Diffusion of Law: a global perspective*, William Twining, University College London, <http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/diffusion.pdf> (9-7-2006); EJCL, 4,1, *Critical Comparative Law, Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Esin Öricü, <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html#par34> (6-9-2006); *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, Daniel Berkowitz, Katarina Pistor, Jean-Francois Richard, William Davidson Working Paper Number 410, <http://www.bus.umich.edu/KresgeLibrary/Collections/Workingpapers/wdi/wp410.pdf> (9-7-2006); SSRN Electronic Paper Collection, *Transnational Law and Contemporary Problems* 13, págs. 551 y ss., *Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience*, Jan M. Smits, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=795184](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=795184) (7-7-2006). Respecto de la recepción del Código Napoleón es posible c. v. gr. *Forum historiae iuris*, Sylvain Soleil, *Le Code civil de 1804 a-t-il-été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/debatte/Code%20Civil/pdf%20files/0503soleil.pdf> (4-7-2006). Las discusiones sobre la recepción del Derecho Romano justiniano en la Edad Media son reflejadas, por ej., en *Ricerca Italiana, Fra legge ed equità: il concetto di equità nella legge e nella letteratura inglese*, Università degli Studi di Torino, Pier Giuseppe Monateri, [http://www.ricercaitaliana.it/prin/unita\\_op-2005109973\\_003.htm](http://www.ricercaitaliana.it/prin/unita_op-2005109973_003.htm) (5-7-2006). Asimismo cabe c. v. gr. John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Faculty Research Working Papers Series, *On the Ethics of Exporting Ethics: The Right to Silence in Japan and the U.S.*, Kenneth Winston, [http://ksgnotes1.harvard.edu/research/wpaper.nsf/rwp/RWP03-027/\\$File/rwp03\\_027\\_winston.pdf](http://ksgnotes1.harvard.edu/research/wpaper.nsf/rwp/RWP03-027/$File/rwp03_027_winston.pdf) (9-7-2006); AJANI, Gianmaria, “The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications”, in “Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law”, Bristol, 1998, Milán, Giuffré, 1998, págs. 65 y ss.; *Evangellische Akademie Loccum, Toward a Global Justice, Lessons from Justice and Fairness in Ethnoplural Societies*, Günter Bierbrauer, <http://www.loccum.de/materialien/globalisierung/Bierbrauer.doc> (5-7-2006). Puede c. *Electronic Comparative Law Resources*, <http://comparativelaw.org/link-elec.html> (9-7-2006); en general, pueden v. referencias en *Sociology of Global Law, Research*, <http://home.earthlink.net/~garrickl/research.html> (5-7-2006).

Problemas de recepción también significativos se presentan en el Derecho Internacional y el Derecho de la Integración.

4 Es posible v. nuestro trabajo “El Derecho Universal...” cit.

5 Cabe c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

complejo de ramas jurídicas<sup>6</sup>.

El equilibrio debido entre *recepción* y *originalidad* es uno de los grandes desafíos que permanentemente deben afrontar el Derecho Universal, la Historia del Derecho y la Teoría General del Derecho. Si bien la recepción nos interesa de manera especial en el campo *jurídico*, es relevante en todos los despliegues de la *cultura*.

Para comprender mejor la recepción es importante atender a los *alcances* de las *respuestas jurídicas*; a su *dinámica* de “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución, en lo fáctico y lo conceptual, y a las *situaciones* de aislamiento y de relaciones de coexistencia, dominación, integración y desintegración<sup>7</sup>. También es relevante considerar los fenómenos de “monorrecepción” y “polirrecepción”; de asimilación y rechazo y de ajuste y desajuste entre los distintos despliegues de la recepción<sup>8</sup>.

Con miras a la comprensión del significado de la recepción puede ser importante la comparación de los resultados de la “*transposición*” que se efectúa<sup>9</sup>. Vale saber en qué medida *hay o debe haber* semejanzas o diferencias en las potencias y las potencias (“equiponderancia” o “diponderancia”), en las normas (“equipolencia” o “dipolencia”) y en los valores (equivalencia o “bivalencia”)<sup>10</sup>. Al fin, la legitimidad de la recepción se produce cuando las realidades son o deben ser iguales, en última instancia, equivalentes. Hay que tener en cuenta que por medios semejantes se pueden producir resultados diferentes y por medios diferentes se pueden producir resultados semejantes<sup>11</sup>.

## II) La recepción en la cultura argentina

2. Desde hace décadas nos ocupamos también de la escisión de la *cultura argentina*, donde se diferencian y a menudo se oponen los sectores “*hispanicos tradicionales*” y

6 Pueden v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 33/76.

7 Es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85/140).

8 En cuanto al rechazo de los *trasplantes de órganos*, pueden v. por ej. University of Maryland, Medical Center, Rechazo al trasplante, [http://www.umm.edu/esp\\_ency/article/000815.htm](http://www.umm.edu/esp_ency/article/000815.htm) (11-7-2006); Medline Plus, Enciclopedia médica en español, Rechazo al trasplante, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000815.htm> (10-7-2006).

Vale tener en cuenta que en los injertos de plantas lo que se pretende habitualmente es la vida del injerto por sobre la del patrón: es posible c. v. gr. Por qué Biotecnología, El Cuaderno de Por qué Biotecnología N° 56, [http://www.porquebiotecnologia.com.ar/educacion/cuaderno/ec\\_56.asp?cuaderno=56](http://www.porquebiotecnologia.com.ar/educacion/cuaderno/ec_56.asp?cuaderno=56) (9-7-2006).

9 Respecto a la “transposición” en materia procesal, pueden v. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 16/17.

10 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

11 Es posible v. ZWEIGERT, Konrad, “Des solutions identiques par des voies diferentes”, en “Revue Internationale de droit comparé”, año 18, N° 1, págs. 5 y ss.

“anglofranceses”<sup>12</sup>. Múltiples dinámicas de plusmodelación, minusmodelación y sustitución en lo fáctico y lo conceptual y de dominación han radicalizado despliegues de recepción y han frustrado los ingredientes de originalidad que el país podía generar y que en alguna medida producía, impidiendo el equilibrio originalidad/recepción tan importante para el desarrollo y para la participación en el panorama del Derecho Universal y la Historia local y mundial.

3. Como hemos indicado, en la escisión de nuestra cultura se distinguen dos sectores. Uno de ellos, más remitido a la España tradicional y nutrido por la presencia migratoria italiana del Sur, es más católico, paternalista, intervencionista y tiene menos afinidades capitalistas; el otro, anglofrancés y alimentado por la influencia norteamericana, es más afín al protestantismo (sobre todo en su vertiente calvinista), más individualista, más abstencionista y en apariencia más capitalista.

A nuestro parecer, en el ámbito colonial las figuras más representativas de los sectores hispánico y anglofrancés son respectivamente Felipe II y Carlos III. En el de nuestra vida independiente lo son Rosas y Sarmiento. La mayoría del federalismo fue hispánica tradicional y en el unitarismo predominó la influencia anglofrancesa. En la actualidad, puede hacerse referencia, de modo respectivo, al peronismo tradicional y al liberalismo. La tensión produjo múltiples enfrentamientos, a veces guerras civiles “calientes” o “frías”. Por la presencia de los dos sectores, la Argentina ha tenido habitualmente dos “izquierdas” y dos “derechas” e incluso dos movimientos “subversivos” y dos tipos de dictaduras. Tal vez hoy haya también dos movimientos “piqueteros”.

Al fin, la escisión de la conciencia jurídica y en general cultural es una característica muy difundida en los países que viven simultáneamente dos historias: la de su realidad y la que desearían vivir. Hay sectores más “autóctonos” y otros referidos al espacio de referencia de las pretensiones.

Para medios como los nuestros, los Pirineos, que separan a la Península Ibérica del resto de Europa, son más importantes que el Canal de la Mancha. Si bien el Canal diferencia las maneras de pensar, la cadena montañosa diversifica *lo que se piensa*, con ciertos contenidos más cercanos a la medievalidad o la modernidad. En la Península, y en nuestro caso en España en particular, las diferencias se han atenuado con la incorporación a la Unión Europea, pero entendemos que de alguna manera subsisten. Son muy relevantes en diversos grados en

12 Cabe c. nuestros estudios “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, 1983, págs. 21 y ss.; “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1983; “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., Nº 27, págs. 113/126. Es posible c. nuestro artículo “Bases Culturales del Derecho Comparado”, en el presente número de la “Revista del Centro...”.

En cuanto al concepto de cultura jurídica, es posible c. NELKEN, David, “Using de concept of legal culture”, <http://www.law.berkeley.edu/institutes/cs/sl/nelken%20paper.pdf> (9-7-2006).

América Ibérica<sup>13</sup>. Quizás la “post-modernidad” esté en condiciones de comprender más y de integrar los dos sentidos históricos<sup>14</sup>.

4. A nuestro parecer, la escisión de la conciencia jurídica y la cultura en general ha contribuido a que los dos sectores de nuestro país hayan tenido “*bloqueada*” la capacidad de *comprender* el país total en el espacio, el tiempo e incluso la materia; a que en lugar de pensar y realizar sus propias posibilidades, hayan pensado permanentemente en la recepción e incluso la “*polirrecepción*” de modelos de otros espacios y otros tiempos, que han producido reiterados fenómenos de *rechazo* y *desajuste* y la desconexión y la pérdida de las oportunidades que brindaba la realidad material. Pese a algunos intentos lúcidos, no hemos podido desenvolver una *estrategia* de país exitosa<sup>15</sup>. La recepción de modelos ajenos a nuestras posibilidades reales, nos llevó a sucesivas situaciones de *crisis*.

5. En múltiples oportunidades la escisión ha conducido a la *simplificación* de buscar soluciones en la recepción y en muy pocos casos se ha pensado en la realidad del país *complejo*, en el que debía desenvolverse un grado de originalidad mayor.

Aunque el equilibrio vital exige el desarrollo de todas las perspectivas del complejo de *pronombres personales* (yo, tú, él, nosotros, vosotros y ellos), una excesiva recepción es correlativa de carencias en los sentidos del *yo* y el *nosotros*, cuyas debilidades se muestran a menudo en actitudes cíclicas de desmesurado orgullo y depresión<sup>16</sup>. Las expresiones de la cultura argentina en este sentido han sido muy repetidas.

En esta perspectiva de la simplificación, el sector hispánico tradicional ha pensado con frecuencia en el pasado y en modelos que fueron, alguna vez, más valorizados precisamente en el momento de su derrota, como sucedió en 1945. El sector anglofrancés suele remitirse a un porvenir inviable, que muchas veces es ya pasado en los espacios de referencia, por el desconocimiento del equilibrio del pasado y el presente. Se ha referido también a paradigmas sólo realizables en otras circunstancias espacio-temporales.

La *alienación* espacio-temporal ha sido una de las causas de la desconsideración de las posibilidades productivas del país, contribuyendo a generar una cultura en gran medida *parasitaria* y de *importación* ideológica<sup>17</sup>.

13 La expresión “Latinoamérica” nos parece demasiado amplia. En cuanto a Hispanoamérica y Lusoamérica puede v. por ej. “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 113 y ss.

14 Es posible v. nuestro artículo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas ‘dialécticas’ de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 21, págs. 67 y ss.

15 Cabe c. nuestro trabajo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación...” cit., N° 36, págs. 21/31.

16 “Comprensión del ‘complejo personal’ a través de los pronombres personales”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 14, págs. 13 y ss.

17 Cabe c. nuestro artículo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en

A menudo la recepción de modelos jurídicos ha conducido a la ignorancia de la importancia de otros aspectos de la vida social, principalmente de la *economía*, arribándose a un *juridicismo* contraproducente.

6. Tal vez el más decidido esfuerzo de recepción, vinculado al ingreso de modelos europeos y norteamericanos, se produjo en la línea (no desprovista de tensiones internas) que marcaron en su momento Alberdi, Sarmiento y Roca. A nuestro parecer, la concepción de país, no sólo en lo educativo, sino en lo científico-tecnológico, de disciplina laboral, jurídico civilista e inmigratorio, que evidencia la presidencia de Sarmiento, corresponde el proyecto más lúcido que tuvo la Argentina. Sin embargo, en relativa vinculación con Alberdi, suponía el ingreso de un aporte migratorio adecuado al empresariado capitalista que no se produjo. Al fin no se lograron la asimilación ni la integración de la polirrecepción.

El ascenso de valores que el proyecto anglofrancés no admitía, producido principalmente a partir de la crisis de 1930 y con el peronismo, significó el rechazo de los modelos recibidos y, de cierto modo, la recepción de otros modelos que por entonces se debatían e incluso resultaban derrotados en el “Viejo Mundo”.

7. La *Constitución Nacional de 1853/60* y el *Código Civil* son manifestaciones destacadas del frecuente dominio del sector anglofrancés; la frustrada *reforma constitucional de 1949*, la legislación de emergencia peronista y la *reforma del Código Civil de 1968* corresponden al modelo hispánico tradicional.

En el plano literario, los dos sectores se expresan respectivamente en “Facundo. Civilización y Barbarie en las Pampas Argentinas”, de Sarmiento, que es una muy enérgica condena de la cultura hispánica tradicional gauchesca<sup>18</sup>, y “Martín Fierro”, de Hernández<sup>19</sup>, donde el gaucho llora su desgracia. El Código Civil que encargó Mitre y en la presidencia de Sarmiento fue aprobado a libro cerrado entró en vigencia en 1871, y en 1872 apareció la primera parte de “Martín Fierro”<sup>20</sup>.

Buenos Aires, la ciudad que Malraux consideró la capital de un imperio que nunca existió, es un magnífico marco “*portuario*”, fuertemente orientado a la recepción de elementos anglofranceses<sup>21</sup>.

“Investigación...” cit., N° 34, págs. 59/65.

18 Proyecto Biblioteca Digital Argentina, Facundo, Civilización y Barbarie en las Pampas Argentinas, Domingo F. Sarmiento, [http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo\\_00indice.htm](http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo_00indice.htm) (4-7-2006).

19 Proyecto Biblioteca Digital Argentina, El gaucho Martín Fierro, José Hernández, [http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo\\_00indice.htm](http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo_00indice.htm) (4-7-2006).

20 Es posible v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, y un “diálogo” entre “Facundo” y “Martín Fierro” en “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss.

21 ClubCultura.com, Buenos Aires: la reina esplendorosa, Abel Posse, La Nación, 5-3-2006, <http://www.clubcultura.com/clubliteratura/clubescritores/posse/archivo/Document.php?op=show&id=845> (4-7-2006);

8. La tendencia a la recepción se manifestó nuevamente, por ejemplo, en la adopción del *modelo liberal* en la década de los años 90 del siglo XX, bajo la orientación del presidente Carlos Menem, peronista (hispanico tradicional) en la forma folclórica y liberal (anglofrancés) en la economía, y en la *reforma constitucional de 1994*, fundada en el célebre Pacto de Olivos entre el presidente Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín (de clara vocación anglofrancesa).

Libros como “La ética protestante y el espíritu del capitalismo” invitaban a considerar las dificultades de la recepción capitalista, pero parece que nada quiso tenerse en cuenta<sup>22</sup>. En la reforma constitucional, el presidente Menem obtuvo el afianzamiento de su poder a través de la posibilidad de su reelección y el ex presidente Alfonsín procuró afianzar los derechos humanos recibiendo y jerarquizando tratados que surgen de las proyecciones de la cultura anglofrancesa. El ex presidente procuraba comprometerse interna y externamente con el respecto a los derechos humanos. Uno nos comprometía en la recepción de un modelo económico para nosotros inviable y el otro en la recepción de una cultura que no nos era posible realizar. La consideración de la realidad del país no fue suficiente, y en 2001 el presidente Fernando de la Rúa debía marcharse a mediados de su mandato, en un país de economía derrumbada donde no regían no sólo los derechos humanos evolucionados de los tratados, sino los más elementales consagrados tradicionalmente.

9. El espíritu de excesiva recepción ha promovido la *escisión espacial*, impidiendo el desenvolvimiento del proceso integrador territorial. A semejanza de “las Españas” parecería haber varias “Argentinas”, cubiertas por el esplendor anglofrancés porteño. El territorio del antiguo Virreinato del Río de la Plata fue compuesto por decisión de la monarquía española recién en 1776 y, sin hacer referencia al desgajamiento de otros países, el ámbito que resultó argentino nunca ha conseguido la articulación deseada. Por ejemplo: el espacio de predominio portuario, de dominación anglofrancesa, es muy diferente del Norte, mucho más hispanico tradicional.

10. En el proceso de *integración*, una excesiva referencia al proceso europeo ha contribuido a que en el *Mercosur* se quisieran imitar o se imitaran demasiado las realizaciones de la Unión Europea, sin pensar en la medida suficiente en la realidad regional. No se han podido o querido ver las particularidades de las condiciones que llevaron al avance del proceso integrador del “Viejo Continente”. Por ejemplo: se suele creer que el aporte del

también <http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires5/index.html> (4-7-2006).

La zona de la Recoleta es una réplica de París; los altos edificios de Retiro y las Catalinas muestran influencia norteamericana; Salta y Santiago del Estero son en su diversidad mucho más hispanicas. La pobreza de regiones del conurbano porteño evidencian ámbitos más hispanicos tradicionales y la crisis cultural del país.

22 Cabe v. WEBER, Max, “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1973.

Tribunal de las Comunidades Europeas, logrado sobre una estabilidad judicial relevante, puede trasladarse a medios como el nuestro, donde las características judiciales son a menudo deficitarias<sup>23</sup>. Una proliferación de normas mercosureñas tiene hoy un notorio contraste con la debilidad de la decisión política y del empuje económico de nuestra integración regional<sup>24</sup>. Es más: el proceso mercosureño no ha podido superar los obstáculos específicos que significa la asimetría del Brasil con sus vecinos<sup>25</sup>.

Como resultado de esas dificultades, en lugar de asumir la realidad y recorrer el camino del esfuerzo, que siguió Europa, suele pensarse en declarar extinguido el proceso integrador, del que mucho se podría obtener si se pensara más en la realidad regional integral. No puede haber verdadera integración si no se tiene en cuenta la realidad de manera integral.

11. La recepción nos impide tener una *historia* común y frecuentemente se reelabora el relato básico del país.

En lo *material*, contar con una Constitución de modelo norteamericano, un Derecho Civil referido al paradigma francés, un Derecho Procesal de influencia española, un Derecho Administrativo de referencias más francesas y un Derecho del Trabajo más afín con el Derecho italiano y, a su vez, tener una población predominantemente hispanoitaliana nos obliga a una adaptación, una síntesis, todavía no alcanzadas.

12. La Argentina debe encontrar el *equilibrio* dinámico entre originalidad y recepción para poder participar en el panorama del Derecho Universal, ocupar un sitio en la Historia del Derecho y elaborar el complejo de sus ramas jurídicas.

Ha de pensarse más a sí misma, aunque sin caer en el aislacionismo, y debe alcanzar la síntesis de sus componentes humanos, espaciales, temporales y materiales.

## **B) Perspectivas trialistas para la comprensión de la recepción argentina, con especial referencia a la recepción en el Código Civil**

13. Los planteos exclusivamente normativistas, jusnaturalistas, realistas, de análisis económico y críticos, que a menudo se proponen, no nos parecen idóneos para la comprensión de la recepción y su gran complejidad. Consideramos que ésta necesita una *construcción*

23 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, <http://www.investing-in-europe.com/es/html/tribu.htm> (4-7-2006).

Es posible c. nuestro estudio "Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

24 Puede v. Mercosur, <http://www.mercosur.int/msweb/> (4-7-2006).

25 Es posible c. nuestro artículo "Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 8, págs. 27 y ss.

*integrativista tridimensionalista* como la que, en *complejidad pura*, propone la *teoría trialista del mundo jurídico*<sup>26</sup>.

La integración tridimensionalista trialista permite salvar definitivamente la impugnación que hacen quienes afirman que se trata de un tema sólo de Sociología Jurídica.

14. Con miras a reconocer las posibilidades del planteo trialista con especial referencia a la recepción en la Argentina, creemos útil tomar como ejemplo la elaboración de nuestro *Código Civil*, sancionado mediante la ley 340 en 1869.

15. La teoría trialista propone una construcción de la *dimensión sociológica* del objeto jurídico refiriéndola a adjudicaciones de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la vida). Las adjudicaciones son *repartos* cuando provienen de la conducción de seres humanos determinables y *distribuciones* cuando son originadas por las influencias humanas difusas, la naturaleza o el azar. Sin entrar en la profundidad del análisis de las posibilidades de la libertad y la conducción, el trialismo, como casi todo el Derecho de nuestro tiempo, se apoya en la existencia de ambas para identificar a los repartos, adjudicaciones que considera centrales en la dimensión sociológica.

Con miras a analizar a los repartos, el trialismo propone diferenciar a repartidores (conductores), beneficiarios (beneficiados y gravados), objetos (potencias e impotencias), formas (audiencia) y razones (que abarcan móviles, razones alegadas y razones sociales, razones éstas que existen cuando la comunidad entiende que los repartos son valiosos).

Los *repartidores* que establecieron el Código fueron el presidente Bartolomé Mitre, quien encomendó el proyecto al ilustrado jurista Dalmacio Vélez Sársfield, y el presidente Domingo Faustino Sarmiento y los legisladores que acompañaron a Sarmiento. Éste y los legisladores de entonces concretaron la sanción de los 4051 artículos a libro cerrado. Importa conocer a los repartidores, en el caso principalmente a Sarmiento, quien había producido un diagnóstico rotundo de país en “Facundo” y, según se afirma, había escrito que no se debía economizar sangre de gauchos porque servía de abono de la tierra<sup>27</sup>.

26 En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://200.58.112.82/~grcentr/index.htm> (9-7-2006).

27 El Historiador, Biografías, Domingo Faustino Sarmiento, Felipe Pigna, “Sarmiento pensaba que el gran problema de la Argentina era el atraso que él sintetizaba con la frase ‘civilización y la barbarie’. Como muchos pensadores de su época, entendía que la civilización se identificaba con la ciudad, con lo urbano, lo que estaba en contacto con lo europeo, o sea lo que para ellos era el progreso. La barbarie, por el contrario, era el campo, lo rural, el atraso, el indio y el gaucho. Este dilema, según él, solo podía resolverse por el triunfo de la “civilización” sobre la “barbarie”. Decía “Quisiéramos apartar de toda cuestión social americana a los salvajes por quienes sentimos

Los *recipiendarios* principalmente beneficiados fueron los sectores anglofranceses vinculados al comercio y la producción, presentes y por venir en la inmigración; los gravados fueron, de modo destacado, los gauchos y en general los integrantes de la cultura hispánica tradicional.

Los *objetos* del reparto fueron, por una parte, las potencias de la riqueza que, en base a la propiedad privada y la libertad de contratación, plasmó luego (sobre todo en una modificación del proyecto en manos del roquismo) en grandes palacios de la “burguesía” terrateniente. Por otro lado, se adjudicaron las impotencias que lloró el gaucho en “Martín Fierro” (la pérdida de las tierras, los ranchitos, los hijos, las mujeres, etc.). El gran libro de Hernández es uno de los mejores testimonios de la condición de los gauchos desposeídos, que no podían expresarse normativamente.

La *forma* fue una audiencia limitada, incluso para los sectores dominantes, que aprobaron el texto a libro cerrado.

En cuanto a las *razones*, la gran sinceridad de Sarmiento da nítida claridad a los móviles, aunque las razones alegadas por los autores de la Codificación y sobre todo sus defensores fueran otras y las razones sociales sólo existieron en una parte de la sociedad, que apoyó la obra, aunque al fin ésta careció de la razonabilidad necesaria para mantenerse.

El trialismo propone diferenciar repartos *autoritarios*, realizadores del valor poder, y *autónomos*, satisfactorios del valor cooperación. Aunque en la recepción se abría cauces a la autonomía contractual, la obra fue claramente autoritaria.

El *orden* de los repartos puede construirse mediante la planificación en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y la ejemplaridad, que se desenvuelve según el despliegue de modelos seguidos porque son considerados razonables, donde se satisface el valor solidaridad. La recepción se produjo en un marco de fuerte planificación gubernamental que, como señalamos, sólo tuvo una ejemplaridad limitada en cuanto a los sectores y durante algunas décadas. La redacción del art. 17 del Código Civil era un claro testimonio del rechazo de todo valor propio de la ejemplaridad (usos y costumbres).

Los repartos y el orden de repartos pueden considerarse en mayor o menor relación con las distribuciones de las *influencias humanas difusas*, la *naturaleza* y el *azar*. El trialismo tiene el gran mérito de abrir los cauces conceptuales para la atención a estas adjudicaciones, aunque quizás su fundador no hizo el uso suficiente de ellos. Es posible señalar que Mitre, Vélez y Sarmiento eran, en diversas magnitudes, exponentes de influencias humanas difusas de la economía capitalista y la burguesía e incluso de la hostilidad al catolicismo y de la

sin poderlo remediar, una invencible repugnancia”. En una carta le aconsejaba a Mitre: “no trate de economizar sangre de gauchos. Este es un abono que es preciso hacer útil al país. La sangre es lo único que tienen de seres humanos esos salvajes”. Lamentablemente el progreso no llegó para todos y muchos “salvajes y bárbaros” pagaron con su vida o su libertad el “delito” de haber nacido indios o de ser gauchos y no tener un empleo fijo”, <http://www.elhistoriador.com.ar/biografias/s/sarmiento/.php> (10-7-2006).

“naturaleza portuaria” del territorio argentino en la constitución del mundo en ese tiempo.

El trialismo propone considerar los *límites necesarios* de los repartos, que se presentan cuando, aunque se quiera, no se puede. Para vencer las resistencias de la realidad hispánica tradicional, el régimen receptor pretendió “bajar las resistencias” mediante un cambio, por ejemplo, educativo, y se refirió principalmente a los sentidos anglofranceses en lo patrimonial, dejando el ámbito familiar más al sentido canónico católico, hispánico tradicional. Poco tiempo después, sí, comenzó el acoso a la organización familiar canónica.

Transcurridas algunas décadas, en las que la Argentina hizo una relativa asimilación de la recepción y logró un lugar destacado en el mundo, las bases que no compartían el proyecto se incrementaron, en lugar de reducirse como esperaban los autores. La inmigración con sentido empresario no vino y el proyecto fue cuestionado y se detuvo. El incremento del sector hispánico tradicional llevó a un “acoso” creciente del liberalismo del Código, sobre todo en el período del primer gobierno peronista, y al fin la obra velezana fue modificada por un gobierno “de facto” relativamente menos liberal, en 1968. En última instancia, la recepción fue en gran parte rechazada y el capitalismo pretendido no se alcanzó. El conjunto de los repartos se tornó durante cierto tiempo, al menos hasta la reforma de 1968, en cierta anarquía y consecuentemente alguna arbitrariedad.

16. En la *dimensión normológica* la propuesta trialista propone mantener las *captaciones normativas* lo más posible cercanas a la realidad social. Las normas son consideradas captaciones lógicas de los repartos. Si captan con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores que las hacen, son *fieles*; si lo que se asegura que ocurrirá sucede, es decir se cumplen, son *exactas*; si emplean conceptos que sirven a la voluntad de los repartidores, son *adecuadas* y en cuanto tienen impacto en la realidad social en su conjunto son *efectivas*. Las normas de la recepción del Código Civil fueron relativamente fieles, cualidad para la cual Vélez Sársfield se ocupó de brindar notas generalmente útiles; el Código logró en general exactitud; la técnica velezana lo hizo adecuado y durante cierto tiempo fue efectivo.

El conjunto de los repartos es captado en el *ordenamiento normativo*, que es fiel cuando responde con acierto al contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. La recepción brindó un ordenamiento civil (en realidad, “subordenamiento”) sólo parcialmente fiel, querido por una parte de la población.

El ordenamiento normativo funciona a través del funcionamiento de sus normas. El funcionamiento requiere, según las circunstancias, diversas tareas, entre las cuales, cuando hay una *laguna* (carencia de norma), se necesita la integración (elaboración de la norma). La laguna puede ser histórica, porque no se ha hecho norma, o dikelógica, porque la norma existente se considera “disvaliosa”. La integración puede hacerse con el mismo material del ordenamiento o con uno ajeno: se habla entonces, de modo respectivo, de *autointegración* o *heterointegración*. El sector anglofrancés decidió que el ordenamiento argentino tenía una

gran laguna dikelógica y procedió a llenarla mediante heterointegración receptora del modelo en gran medida inspirado en la obra napoleónica.

Al ordenamiento normativo le corresponde principalmente la realización del valor coherencia. Durante cierto tiempo el subordinamiento civil, coherente con la Constitución liberal, fue coherente en sí y con el resto del complejo normativo, hasta que los repartos que acosaron el modelo liberal lo tornaron en algún grado incoherente.

17. En la *dimensión dikelógica* cabe partir de la diferenciación de distintas *relaciones* de la justicia con otros valores y de diversas *clases* de justicia, por ejemplo, la justicia particular y la justicia general (dirigida al bien común), cuyos requerimientos al fin caracterizan al Derecho Privado y al Derecho Público. Con sentido anglofrancés, la recepción del Código Civil de modelo napoleónico procuró, en gran medida, una integración patrimonial de la justicia con la utilidad y un fuerte despliegue de la justicia particular<sup>28</sup>. El sector hispánico tradicional hizo una mayor invocación a la justicia (el movimiento peronista se expresa a través del Partido Justicialista) y el bien común.

El trialismo propone tomar como *principio supremo* de justicia adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona<sup>29</sup>. Según este principio, puede reconocerse la *legitimidad* de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones de los repartos. Pese a la imposición autoritaria de la Codificación, el sector anglofrancés se remite más a la justicia de la *autonomía* contractual de los repartidores; en cambio el avance del sector hispánico tradicional se refiere más a la *infraautonomía democrática* y, sobre todo, a lo que considera justicia del *objeto* del reparto. Los gobernantes hispánicos tradicionales suelen asumir, incluso, más caracteres de conductores carismáticos.

Para resultar justo, el régimen ha de ser *humanista*, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Dentro del humanismo, cabe diferenciar el abstencionismo y el intervencionismo o paternalismo. La recepción anglofrancesa se inclinó más por el abstencionismo, pero el sector hispánico tradicional hizo avanzar el paternalismo. Creemos notorio que el peronismo es en general un movimiento paternalista.

Para ser justo, el régimen ha de respetar la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres de modos que han de satisfacerse respectivamente en el liberalismo político, la democracia y la “res publica”. La recepción se inclinó más por la unicidad; pese al individualismo gauchesco, al fin el espacio hispánico tradicional pretende más la igualdad y la comunidad.

28 Es posible v. nuestro artículo “El bicentenario del Código Civil francés (Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina)”, en “Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina”, 18/2/2004, págs. 3/22 (t. 2004-I, págs. 948 y ss.).

29 Werner Goldschmidt sostiene la objetividad de la justicia. En nuestro caso, proponemos una construcción al respecto.

Con miras a realizar el régimen de justicia, importa *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de los demás individuos como tales, el régimen, él mismo y todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). En su afirmación de la propiedad privada y la libertad de contratación, la recepción codificadora se orientó más al amparo del individuo contra el régimen y de cierto modo los demás, alejándose del resguardo contra el mismo, la enfermedad, la miseria, etc.

### C) Consideraciones finales

18. El sector anglofrancés decidió la *sustitución* del Derecho Civil que regía en nuestro medio por el del Código Civil de influencia francesa, aunque al fin quizás se fue produciendo más una plusmodelación del paradigma francés en lo conceptual que en lo fáctico<sup>30</sup>. La dominación temporal del modelo francés se evidenció, por ejemplo, en la limitada posibilidad de rechazo que en un principio tuvo el sector hispánico tradicional. Luego la situación se modificó con el relativo rechazo de la influencia francesa.

El sector anglofrancés dispuso que la Argentina debía ser “igual” a Francia y por eso recibió en gran medida el modelo del Código Napoleón. Esa “igualdad” dejó grandes monumentos, no sólo materiales, pero al fin no perduró.

19. Los conflictos entre los dos sectores argentinos condujeron primero a la recepción y después al relativo *rechazo* del modelo recibido. La Argentina espera todavía una realización integradora, jurídica y cultural en general, para la cual se han de aprovechar aportes de la *originalidad* y la *recepción*.

El *modelo trialista*, que integra lo jurídico en sí y lo jurídico en el resto de la cultura, puede hacer un importante aporte al respecto.

30 En términos de la teoría de las respuestas jurídicas puede decirse que hubo una “inflación” del modelo francés.