

ORIGINALIDAD Y RECEPCION EN EL DERECHO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

A la memoria de los recientemente
fallecidos profesores Werner GOLDSCHMIDT
y Carlos COSSIO

1. El universo es un complejo en que cada parte se desarrolla por sí misma y recibiendo influencias de las demás. Esto ocurre también en el "mundo jurídico" en general y en relación con los diversos "órdenes" espaciales, de modo que resulta significativo reconocer los fenómenos de "originalidad" y de "recepción", en un orden espacial, de las influencias de otros (1). Aunque en el infinito del universo todo puede ser comprendido como lo mismo y como diferente, el empleo de los fraccionamientos necesarios para constituir esas categorías de originalidad y recepción resulta significativo, sobre todo en marcos como el ámbito jurídico, donde la presencia de cierto grado de oposición es especialmente intenso e importante.

La problemática de la dinámica "originalidad-recepción" no es estudiada, sin embargo, con la frecuencia que merece, en parte porque su esclarecimiento científico puede conducir a descubrir fenómenos ilegítimos en que se benefician los países dominantes. Cuando dicha dinámica se desenvuelve de manera legítima, corresponde principalmente a relaciones de "coexistencia de unidades independientes" o incluso de "integración" de nuevas unidades; cuando es bloqueada indebidamente, hay "aislamiento" infundado y si la recepción tiene mayores alcances que los legítimos se producen la "dominación" y la "desintegración" del receptor. (2). Cuando la pretensión de originalidad es excesiva, hay "chauvinismo" y si la recepción se desborda de sus alcances legítimos hay colonialismo (3). El excesivo apego a la originalidad es "incestuoso" y la recepción desbordada lleva a la "disolución".

2. En la originalidad subyace la cuestión de la necesidad de "fecundación" cultural mediante el contacto de los diferentes Derechos, y en la recepción se presentan los pro-

(*) Ideas básicas para el curso del Ciclo de Orientación Definida "Originalidad y recepción en el Derecho argentino" que dictará el autor en la Facultad de Derecho de la U.N.R. (Teoría General del Derecho, entendida como "sistema jurídico").

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial", 8, págs. 73 y ss.

(2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

(3) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

blemas de la “**transposición**” de las soluciones, principalmente de su “**adaptación**” y de su “**asimilación**” en el Derecho receptor. A su vez, cuando no hay sólo “**monorrecepción**”, sino “**polirrecepción**”, o sea cuando se reciben elementos de diversos orígenes, hay necesidad de “**ajuste**” entre dichos elementos. Si países como el Nepal histórico evidenciaban una necesidad de “**fecundación**”, otros como Argentina son ejemplos de recepción frecuente y de orígenes diversos (v. gr. Derecho Constitucional estadounidense y Derecho Civil francés), con las consiguientes necesidades de adaptación, asimilación y ajuste.

La dinámica de la originalidad y la recepción sólo puede comprenderse debidamente en el marco de la plenitud de la **cultura**. Cuando en un país hay ciertos ideales, fundados o no, que convocan a una recepción, esto se debe con frecuencia a que ya se han recibido otros despliegues culturales de la vida del país que se toma como modelo (por ejemplo: la recepción de una respuesta jurídica suele ser consecuencia de la recepción en otras ramas de la cultura, religiosa, económica, etc.) Hay entonces, en esos otros despliegues, “**pararrecepción**”. Cuando la “**pararrecepción**” se muestra en aparente originalidad jurídica hay “**criptorrecepción**”.

La originalidad y la recepción deben reconocerse en las **tres dimensiones** del mundo jurídico (sociológica, normológica y dikelógica), aunque en última instancia ha de comprenderse, según ocurre en definitiva con todo el Derecho y con la vida en su conjunto, al hilo de los **valores** en juego y del juego de esos valores. Importa, al fin, saber qué valores se desarrollan originariamente o se reciben y qué valores se realizan al desarrollarlos o recibirlos. Los **infradimensionalismos** jurídicos en general, y el normológico en especial, empobrecen la fuerza dramática y a veces trágica que anida en la dinámica “**originalidad-recepción**”, llamada a resolverse en el Derecho, en última instancia, en el valor **justicia** y en definitiva, en la cultura toda, según el más alto valor a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser de nuestro propio ser).

3. En cuanto a la **Jurística Sociológica**, la originalidad y la recepción deben reconocerse teniendo en cuenta, en relación con las adjudicaciones aisladas, el carácter propio o recibido de las diversas características de los repartos, o sea respecto a repartidores, recipientes, objetos (potencias e impotencias), formas y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) y del ejercicio de la autoridad (realizador del valor poder) o del acuerdo (satisfactorio del valor cooperación). En relación con el orden de las adjudicaciones ha de considerarse el carácter propio o recibido de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto del plan de gobierno en marcha (realizador del valor previsibilidad) y de los modelos seguidos en la ejemplaridad (que satisface el valor solidaridad), o sea, en definitiva, del orden de los repartos (en que se realiza el valor homónimo, “orden”). La originalidad genera un orden más sólido; en cambio la recepción es una vicisitud de género “**revolucionario**” en el régimen receptor, que se perfecciona como tal si hay modificación en los supremos repartidores y en los supremos criterios de reparto, produciéndose **anarquía** en dicho orden receptor. Puede hablarse, al hilo de esta perspectiva, de **revoluciones** y **anarquías** originarias y recibidas.

Para que haya recepción, y no lisa y llana colonización, es necesario que los repartidores del régimen receptor conserven de cierto modo, por lo menos, su calidad de tales. La recepción se hace especialmente tensa en la medida que se “**fracturan**” las características de los repartos, de modo que unas se vinculan con un país y otras con otros: por

ejemplo, la inmigración en que se recibieron en Argentina muchos beneficiarios extranjeros hace (pese a las diferencias entre los países de origen de los inmigrantes —principalmente España e Italia— y de los Derechos recibidos) menos tensa la recepción del Derecho extranjero en cuanto a las otras características de los repartos; en cambio, la recepción argentina, sobre todo del Derecho Civil francés, es especialmente tensa en relación con los beneficiarios de la cultura gauchesca.

La recepción cabalmente tal, cuando se constituye como coexistencia de unidades independientes y a veces como integración, desenvuelve siempre un fenómeno de **autonomía** por acuerdo entre el país receptor y el de origen y de **ejemplaridad** en que la comunidad receptora sigue (mediante su plan de gobierno en marcha o una ejemplaridad interna) el modelo considerado razonable que se recibe del otro Derecho. Al hilo de esa autonomía y de dicha ejemplaridad se satisfacen los valores cooperación y solidaridad en el marco internacional. En cambio, en otros casos se trata de despliegues de la autoridad y la planificación gubernamental en marcha del país dominante que impone su Derecho, realizándose los valores poder y previsibilidad. Al hilo de la recepción en sentido amplio se incrementa el orden “internacional”, sea éste coexistencial, integrador, colonial o desintegrador.

La originalidad y la recepción pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas y así cabe recordar la importante resistencia japonesa al Derecho Occidental, sobre todo en su versión afrancesada; el éxito relativo de la recepción en países como Argentina, e incluso la situación de cierta “anomia” producida en países africanos donde el ingreso del Derecho Occidental destruyó las pautas autóctonas sin obtener su propio arraigo. En todo caso, han de tenerse en cuenta las dificultades para el desarrollo ilimitado de la originalidad y para influir, por recepción jurídica, en el complejo de fuerzas que intervienen en la vida.

4. En cuanto a la **Jurística Normológica**, la originalidad y la recepción pueden referirse a normas, a principios de normas o a meros criterios, considerados aisladamente o en conjuntos meramente ordenados o sistemáticos. A su vez, la originalidad y la recepción pueden hallar albergue en diferentes partes de las normas y en distintos sectores del ordenamiento normativo. Cabe señalar, por ejemplo, que la recepción puede producirse en las características positivas y en las características negativas de los antecedentes y, también, en las características positivas y en las características negativas de las consecuencias jurídicas de las normas. Para que haya una recepción en sentido estricto resulta especialmente significativo que las características negativas de los antecedentes y las consecuencias jurídicas den algún cauce a la originalidad. A su vez, la recepción puede albergarse en diferentes sectores, más o menos “públicos” o “privados” y más o menos “altos” o “bajos” de la “pirámide” normativa. La recepción en el Derecho Público parece más difícil de asimilar en la realidad que la del Derecho Privado, y la recepción en niveles altos es más fácil técnicamente, pero más difícil fácticamente, que la recepción en niveles bajos de la “pirámide”. Respecto del Derecho en cuestión, puede señalarse que en general, a diferencia de la originalidad, la recepción dificulta la realización de los valores fidelidad y exactitud de las normas y del ordenamiento y que la exactitud se hace especialmente difícil en el Derecho Público y en los sectores altos. Sobre todo, la recepción suele inspirarse en el deseo de integrar nuevos sentidos a la realidad de la vida, poniéndose en juego la realización del valor adecuación.

La recepción supone una normatividad basada en el método indirecto que no es siempre formulada, mediante la cual se hace remisión al Derecho tomado como modelo (son diferentes, por ejemplo, los casos de la recepción formal a libro cerrado del Derecho argentino en Paraguay y del de recepción ideológica parcial del Derecho francés en Argentina). En el cauce de esta normatividad de método indirecto se suscitan problemas relativamente análogos a los descubiertos en los “conflictos de leyes” del Derecho Internacional Privado, es decir que hay, por ejemplo, cuestiones de calificación, de cuestión previa, de fraude a la ley, de reenvío y de “orden público” (o sea de “rechazo”). (4). Sin embargo, en este “extraterritorialismo ilimitado” (5), donde no hay elementos extranjeros relevantes, la principal orientación ha de ser (a la inversa del Derecho Internacional Privado, que pone límite a la originalidad mediante la imitación del Derecho extranjero a fin de respetar al elemento extranjero), la **protección** del elemento nacional. Cuando esta protección no se realiza en la medida debida, la recepción no es cauce de coexistencia o integración, sino de colonialismo y desintegración.

La originalidad presenta una tarea de interpretación más fácil, porque no “divide” los despliegues del papel del repartidor y no distancia a la comunidad donde ha de aplicarse la norma respecto de la auténtica voluntad del autor; en tanto que la recepción hace que la interpretación tenga mayores obstáculos. A su vez, la originalidad desarrollada de manera extrema puede “cegar” frente a las carencias dikelógicas y la recepción incrementa las posibilidades de carencias históricas por novedad jurídica (necesidad de “asimilación”). Además, la originalidad facilita la aplicación, sea en el encuadramiento (por la mayor afinidad local entre los casos y las normas) como en la efectivización de las consecuencias jurídicas (por el mayor apoyo en los propios factores sociales); en tanto que la recepción hace que la aplicación sea más difícil.

Como las normatividades se valen de conceptos, cabe recordar al respecto las nociones de “idiogénesis” y “alogénesis”, “idioencracia” y “aloencracia”, que permiten reflexionar si la producción o los contenidos son originales o recibidos (6).

La originalidad permite un despliegue más fácil del ordenamiento normativo, con los valores que le son inherentes, culminantes en la coherencia. En cambio, la recepción se apoya principalmente en las relaciones verticales de producción de normas, que realizan el valor subordinación; distancia los contenidos, respecto de esas relaciones de producción y de los otros contenidos, con especiales dificultades para la satisfacción de los valores ilación y concordancia y también genera obstáculos para las relaciones horizontales de producción, que realizan el valor infalibilidad. Se producen así, además, dificultades para la satisfacción del valor coherencia.

A diferencia de lo que ocurre en los Derechos en particular, en el nivel internacional

(4) Es posible c. CIURO CALDANI, “Hacia una teoría. . .”, cit., págs. 78 y ss.

(5) Puede c. CIURO CALDANI, “Métodos. . .”, cit.

(6) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

la originalidad dificulta especialmente el logro de la fidelidad, distanciando a los intérpretes extranjeros de los autores nacionales interpretados (problema éste que se hace muy intenso en el juego del Derecho Internacional Privado), aunque, en correspondencia con lo que sucede en los marcos nacionales, puede permitir mayor exactitud. En cambio, la recepción incrementa las posibilidades de la fidelidad (porque se forman "familias" de Derechos), obstaculizándose por su parte la exactitud. La originalidad da menos posibilidades a la coherencia internacional, sobre todo por las diferencias de contenidos de las normas, en tanto que la recepción incrementa, por esa misma vía de los contenidos —que se asemejan— las posibilidades de la coherencia.

5. En relación con la **Jurística Dikelógica**, la originalidad y la recepción significan el juego de posibilidades de **desarrollo** o de **integración** del complejo valorativo respecto de diferentes valores o de distintas fórmulas para su realización. En general, las diversas posibilidades valiosas del Derecho y sobre todo las diferentes perspectivas de la justicia pueden realizarse a través de la originalidad o de la recepción. La originalidad y la recepción son vías posibles para unas y otras y, como tales, sólo les son inherentes valores **relativos**, en tanto que el valor absoluto **justicia** puede exigir, según las situaciones, diferentes combinaciones al respecto.

La originalidad es especialmente afín a la justicia absoluta, en tanto que la recepción suele apoyarse más en la justicia relativa; la primera guarda más correspondencia con la facilidad para la justicia **general** (o **legal**), en cambio la segunda guarda más vinculación de viabilidad con la justicia **particular** (de aquí las mayores posibilidades de desarrollar con originalidad el Derecho Público y con recepción el Derecho Privado).

El desarrollo de la originalidad "**fracciona**" los despliegues de justicia que podrían tenerse en cuenta mediante la recepción del Derecho extranjero y, en consecuencia, produce más **seguridad** jurídica. La recepción significa cierto "**desfraccionamiento**", porque no se limita a los despliegues de justicia tenidos en cuenta en el Derecho propio y, como tal, genera **inseguridad**. Del "desorden" y la "inseguridad" introducidos en la vida gauchesca por la recepción se lamenta, en 1872, "Martín Fierro", cuando dice: "Yo he conocido esta tierra/ en que el paisano vivía/..." (I, 133/134). (7)

La originalidad encuentra su más directo apoyo dikelógico en la **unicidad** de cada hombre y cada pueblo; en tanto que la recepción se fundamenta cuando está en juego la **igualdad**. Como todos los hombres somos únicos e iguales, originalidad y recepción deben combinarse debidamente con miras a la plena personalización. Por el contrario, la originalidad se torna injusta cuando pueden recibirse soluciones extranjeras superiores valiosas en nuestra situación, porque somos iguales a los extranjeros, y la recepción es "**desvaliosa**" cuando ignora los valores distintos que nos corresponde realizar en nuestra propia situación. El Derecho Internacional Privado, que debe servir a la unicidad, es marco para la originalidad; el Derecho Uniforme, que ha de servir a la igualdad, es frecuente resultado de la recepción.

(7) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del 'Martín Fierro'" Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

El desarrollo de la originalidad tiende a proteger contra los demás individuos. La recepción por ejemplaridad interna ampara al individuo frente al régimen y en general la recepción protege contra las características de la propia individualidad.

Originalidad y recepción son, en definitiva, manifestaciones de la dinámica del “Derecho Universal” (8), que —como ya señalamos— deben contribuir a la realización plena de la justicia —único valor absoluto del marco jurídico— y del valor supremo a nuestro alcance, que es la humanidad.

(8) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

En cuanto al marco teórico en que se apoyan estas ideas v. la exposición de la teoría trialista del mundo jurídico efectuada principalmente en GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5a. ed., Bs. As., 1976. También puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985 “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. Respecto a la comprensión del Derecho en relación con los valores, existen al respecto significativas afinidades con la teoría ego-lógica elaborada por Carlos Cossio.

Una bibliografía complementaria sobre la recepción puede obtenerse en base a los datos de la excelente obra de A.C. PAPACHRISTOS “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique”, Paris, L.G.D.J., 1975, págs. 145 y ss.