

LA NOCION DE PERMEABILIDAD Y SU IMPORTANCIA EN LA TEORIA JURIDICA DE NUESTRO TIEMPO (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

a) Nociones básicas

1. Nuestro tiempo, comienzo de una nueva era de la historia, está signado por fenómenos de integración y de globalización/marginación promovidos en gran medida por la vastedad de los alcances de las fuerzas económicas y tecnológicas que rompen fronteras del espacio, el tiempo y la materia¹. Estos fenómenos se manifiestan en procesos de *recepción*, es decir, de “importación” de jurisdicciones más o menos “extrañas” que pasan a ser jurisdicciones “propias”.

En la comprensión de los fenómenos de recepción poseen gran significado las nociones de asimilación y de rechazo, a las que nos hemos referido en otras oportunidades, y de *permeabilidad*, que trataremos en este caso². Pese a la gran importan-

(*). Notas para una exposición del autor en el curso sobre “El Derecho en los procesos de integración regional - UE Mercosur” que organizan el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación Argentina, el Colegio de Altos Estudios Europeos “Miguel Servet” y la Comisión Europea.

(**). Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

1. Es posible v. nuestro estudio «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 24, págs. 41 y ss.
2. Pueden c. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Derecho Civil», 8, págs. 73 y ss. y «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 9, págs. 33 y ss. Es posible v., por otro lado, por ej. GARDES, Roxana, “La recepción de la narrativa (De los modelos

cia que tienen sobre todo en nuestros días, estas cuestiones no han recibido, a nuestro parecer, la amplia atención que merecen.

La limitación de la consideración de tales problemas obedece en gran medida a que los países receptores, que deberían estar especialmente interesados en su tratamiento, han sido durante mucho tiempo los marginales, con frecuencia seguidores de las líneas temáticas de los países “exportadores” de modelos, que son por lo general “centrales” o al menos relativamente dominantes³.

Sin embargo, como hemos señalado en nuestros días la recepción no se suscita con tan especial frecuencia entre países dominadores y dominados, sino -aunque sea con características específicas- en procesos de integración y de globalización que incluso protagonizan los países “centrales”.

Hoy cabe reconocer la recepción y el grado de permeabilidad que suceden en el despliegue de procesos integradores como los de la Unión Europea y el Mercosur y también en las relaciones entre el “common law” y muchos países “romano-germánicos”, en un sentido de mayor intensidad de influencia anglosajona, pero también en el inverso.

Es imprescindible que, en tiempos de la economía y la vida en general globalizadas, se cuente -como en nuestro caso lo venimos señalando desde hace más de dos décadas- con la conciencia de que existe un *Derecho Universal*, de indudable alcance planetario, como la propia existencia humana⁴. La comprensión de la recepción y de la permeabilidad de los regímenes es pieza importante de ese Derecho Universal.

2. Para la apreciación de la permeabilidad de los Derechos vale contar con la amplitud de perspectivas con las que puede construirse el mundo jurídico según la *teoría trialista* que, dentro de la *concepción tridimensional*, considera en él repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vi-

lecturales a una tipología)”, Bs. As., Vinciguerra, 1992; en otras perspectivas, v. gr.: “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana”, Madrid, Espasa-Calpe, t. VIII Apéndice, 1958, págs. 1336 y ss. (especialmente en telecomunicaciones y radiofonía).

3. No obstante, la palabra posee a veces sentido de recepción por un superior. La expresión afín “recibimiento” tiene más significado de acogida. Es posible c. v. gr. “Enciclopedia Universal ...” cit., Madrid, Espasa-Calpe, t. XLIX, 1991, págs. 1150/1.

4. Cabe v. nuestro libro “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979. La recepción inscribe al Derecho en la problemática de la cibernética y la sociedad (es posible v. WIENER, Norbert, “Cibernética y sociedad”, trad. José Novo Cerro, 3ª ed., Bs. As., Sudamericana, 1988, esp. págs. 98 y ss.).

da), captados por normas y valorados por la justicia⁵. A la luz de esas tres dimensiones es posible reconocer *denominadores comunes* que sirven de sendas a la permeabilidad⁶.

b) La tridimensionalidad de la permeabilidad

3. Desde el punto de vista *jurístico-sociológico*, la permeabilidad puede producirse por despliegues de conducción *repartidora* o por causas de espontaneidad *dis-tribuidora*, sea ésta “natural”, de influencias humanas difusas o el azar. Es reconocible en relación con los diversos elementos de los “repartos”, es decir, con referencia a los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) de los repartos.

La permeabilidad está en estrecha relación con el grado de *autonomía* de la recepción. Los repartos autónomos satisfacen el valor cooperación, y cuando la apertura se produce autónomamente se realiza una *compenetración*, en tanto que si el ingreso se concreta por repartos autoritarios, realizadores del valor poder, hay más *penetración*.

En cuanto a los modos constitutivos del régimen, la permeabilidad es mayor si la recepción surge de la “razonabilidad” de la *ejemplaridad*. Se trata de uno de los puntos de vista importantes para apreciar las *vicisitudes* de la vida de un régimen. En este sentido, puede ser más revolucionaria, cuando varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, evolutiva si sólo cambian los últimos o de mero “golpe de Estado” cuando varían únicamente los supremos repartidores.

5. Acerca de la teoría tripartita del mundo jurídico pueden c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
6. Respecto de los “denominadores particulares” y “comunes” del Derecho pueden v. por ej. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 205 y ss. La etimología de la palabra “permeabilidad” la vincula al camino, el curso, la circulación (puede v. al respecto COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, 1ª reimp., Madrid, Gredos, t. IV, 1985, pág. 8). Acerca de la permeabilidad es posible c. v. gr., “Enciclopedia Universal...” cit., t. XLIII, 1958, págs. 956 y ss. También puede v. por ej. LAPEDES, Daniel N. (redactor jefe), “Diccionario de términos científicos y técnicos”, Marcombo, Barcelona, t. 3, 1981, pág. 1530.

La permeabilidad es un *límite necesario* a la *originalidad* y a su vez ésta puede oponer límites de tal tipo a la permeabilidad. La impermeabilidad se relaciona de modo directo con la “*consistencia*” del régimen, pero a su vez está en vinculación inversa con la “*insistencia*” del elemento externo. En última instancia, la permeabilidad se constituye según el juego de los *factores de poder* de las constituciones materiales de los regímenes relacionados⁷.

4. Desde el punto de vista *jurístico-normológico*, la permeabilidad depende mucho de la solución que se dé a los planteos que en la internacionalidad tradicional constituyen el “*dualismo*” y el “*monismo*” entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, pero que hacen no sólo a los desenvolvimientos de los procesos integradores sino al despliegue de todas las vinculaciones entre respuestas jurídicas⁸.

El dualismo es una gran manifestación de impermeabilidad, al punto que el ingreso del Derecho “*extraño*” debe penetrar la “*barrera*” de la necesidad de una fuente interna especial que disponga el cumplimiento de la fuente “*internacional*”. El monismo es, en cambio, una expresión de permeabilidad, que encuentra su principal vía cuando se desenvuelve con primacía del Derecho “*Internacional*”, y esto sucede de modo particularmente intenso si la primacía de la jurisdicción “*externa*” alcanza al predominio sobre la constitución formal.

Sin embargo, vale tener en cuenta que los despliegues del dualismo y el monismo se relacionan, como cuestiones de jerarquía de las fuentes, con las tensiones entre fuentes reales “*formales*” y “*materiales*, es decir, entre las “*autobiografías*” de los repartos hechas por los propios repartidores (constituyentes formales, legisladores, jueces, contratantes, testadores, etc.) y la realidad misma de los fenómenos de reparto. En tales tensiones, por la fuerza de los hechos, las *fuentes materiales* tienen siem-

7. V. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

8. Acerca del monismo y el dualismo pueden v. por ej. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Karl ZEMANEK, “Derecho Internacional Público”, trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 63 y ss.; ROUSSEAU, Charles, “Derecho Internacional Público”, 3ª ed., trad. Fernando Giménez Artigues, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 9 y ss.

Es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976. Empleando la teoría de las respuestas jurídicas, si la recepción es conceptual y fáctica hay expansión del Derecho extraño y reducción del receptor; cuando sólo se refiere a lo conceptual hay respectivamente inflación y deflación y si únicamente se produce en lo fáctico se realizan de manera respectiva la sobreactuación y el vaciamiento.

pre primacía sobre las formales. La permeabilidad jurídica es reflejo de una “*permeabilidad material*” desenvuelta en la cultura⁹. La permeabilidad de un régimen se manifiesta también en el grado de apertura que tengan las fuentes de conocimiento, constitutivas de la *doctrina*.

La permeabilidad se muestra asimismo en la manera más o menos favorable a la recepción con que se produzca el *funcionamiento* de las normas del ámbito receptor y del ámbito de origen, sea en el “reconocimiento” de las normas, en los sentidos de la interpretación y la determinación, en la posibilidad de descartar reglas del espacio receptor para incorporar las “extrañas”, en el despliegue de la argumentación con razones propias o recibidas y en las actividades de encuadramiento y efectivización que forman la aplicación.

Un despliegue de gran importancia en la permeabilidad de los regímenes es el del pensamiento de los *jueces*, que llega a un especial grado de apertura cuando, como sucede en algunos procesos integradores, la recepción cuenta con tribunales propios. Además pose gran significación la *compatibilidad conceptual*. Uno de los frentes que ha limitado históricamente la permeabilidad entre los dos grandes “subsistemas” del Derecho Occidental ha sido la limitada compatibilidad de sus conceptos.

Es relevante para la permeabilidad que entre el régimen receptor y el recibido existan conceptos y *principios generales* del Derecho que sirvan de “paraguas” a la recepción.

El grado de permeabilidad varía según que haya una *norma hipotética fundamental* que abarque a los ámbitos de “importación” y “exportación” o en cambio sea necesario pasar por el “tamiz” de permeabilidad de la norma hipotética fundamental del ordenamiento receptor.

5. Desde el enfoque *jurístico-axiológico* (o, como Goldschmidt preferiría decir, “dikelógico”) la permeabilidad está en relación con la *compatibilidad de valores* entre el Derecho receptor y el recibido. El ámbito receptor puede no ser axiológicamente homogéneo, de modo que la compatibilidad exista sólo con uno de sus sectores sociales¹⁰.

9. Pueden v. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

10. Así sucedió cuando el sector “anglofrancesado” y “norteamericanizado” decidió en la Argentina la recepción de los modelos constitucional norteamericano y civil y administrativo franceses.

La permeabilidad se acentúa en cuanto no tropiece con ideas de *bien común* excluyentes en el ámbito receptor y cuente en cambio con una referencia al bien común de los dos sectores¹¹.

En la permeabilidad se abren cauces el desfraccionamiento de las afinidades con el Derecho recibido y el fraccionamiento de las particularidades del Derecho receptor. Es por eso que brinda seguridad a los elementos locales afines al Derecho recibido, pero produce inseguridad a los otros¹².

La permeabilidad se incrementa en cuanto reinen en el ámbito receptor ideas de *igualdad* o comunidad con el régimen cuyo Derecho se recibe, sea que se piense que esa igualdad o comunidad sean reales o debidas. En cambio, se debilita cuando hay fuerte idea de la particularidad en el régimen eventualmente receptor. Podría decirse que los fundamentos últimos de la permeabilidad incluyen la igualdad y la comunidad, en tanto el Derecho Internacional Privado clásico, que respeta a los elementos extranjeros, se apoya en la unicidad¹³.

Creemos que, como en todos los despliegues de la vida de los regímenes, es importante lograr una permeabilidad que realice el *humanismo*¹⁴, aunque la “intervención” receptora genera cierto riesgo de mediatización totalitaria de los individuos del orden receptor.

La permeabilidad de un régimen puede ser importante en la realización de una mayor justicia. Puede proteger contra el aislamiento, que es especialmente grave en tiempos como el nuestro, pero asimismo urge resguardar contra su exceso, que suele desembocar en el sometimiento o la disolución del régimen receptor.

11. Como ocurrió entre los regímenes capitalistas cuando, en diversos grados, se recibió ese sistema económico en la Argentina de la Codificación civil de 1869-71 y en la reforma económica de los años 90 del siglo que ahora concluye
12. No son sin motivo la seguridad que tuvieron en la Argentina los inmigrantes afines al modelo recibido y la inseguridad de los gauchos, que se lamentaron, al año siguiente de la entrada en vigor del Código Civil de modelo francés en la primera parte del “Martín Fierro” (puede v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984).
13. Es posible c. nuestro estudio (con colaboración) “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, 1978.
14. El humanismo toma a cada individuo como un fin y no como un medio.