ESCOLIOS PARA UNA REFORMULACIÓN DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO.

OSCAR ALBERTO FERULLO
Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino
Tucumán-Argentina

1) El fenómeno de la recepción.- Su trascendencia actual.-

El fenómeno designado con la frase "recepción del Derecho Romano" es uno de los tópicos que siempre han captado la atención de los estudiosos, seguramente por su singularidad específica en un grado de presencia que lo torna universal y perenne.

Precisamente, son esas notas características las que explican su permanente vigencia en cuanto punto de estudio, como bien se manifiesta al nuclearnos en este Congreso.

En esta comunicación, con profunda humildad voy a esbozar una línea de análisis, que tengo el respetuoso atrevimiento de ensayar, encontrándose ella mejor enderazada a formularnos nuevas incógnitas que, recalco, a darnos respuestas. Para el benévolo juzgamiento que sobre ella impetro, pido se tenga presente que, desde nuestra lejana sede, toda investigación está rodeada de un entorno, cuando no adverso, a lo menos siempre arduo por las limitaciones de medios aptos para desarrollarla.

2) Estado de la cuestión.

No son pocos los ensayos, opúsculos, artículos doctrinarios y libros espe-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

cíficamente dedicados a la "recepción del Derecho Romano", por lo mismo que ella no es sino un aspecto, sin dudas el más importante, de un fenómeno mayor, identificado con la expresión "recepción del Derecho", siendo que éste último ha sido visualizado, las más de las veces, respecto del Derecho Romano. En nuestros días, la atención de los estudiosos sobre el fenómeno iusreceptivo general suele centrarse en los términos de los llamados "Derecho de Resistencia" y "Derecho de Integración".

La labor doctrinaria muestra una clara tendencia a identificar el fenómeno receptivo que le es propio a través de la constatación de una similitud de normas incorporadas a los ordenamientos jurídico positivos en curso de comparación; al trabajar sobre bloques normativos, sucede que, normalmente, se advierte que esos conjuntos presentan algunas normas novedosas, aunque no se analizan sus impredecibles repercusiones; infrecuentemente se establecen las consecuencias de la eliminación de normas en el acogimiento del bloque remanente; a veces no se repara en que algunas de las normas han sido receptadas de una manera que las aisla totalmente del contexto institucional en el que fueron creadas; otras veces se señala que una presunta recepción se ha restringido a la superficialidad de la homonimia institucional, escindida de la normación pertinente. A raíz de la enorme casuística moderna, rara vez se penetra en la aplicación concreta que los órganos jurisdiccionales han hecho de dichas normas o institutos, en gran medida modificándolos mediante interpretaciones que son pausibles de interminables disputas. Finalmente, el empleo cotidiano que los hombres hacen de dichas normativas queda relegado a la mera y restringida cita ejemplificativa. Así las cosas, el estudio de la recepción del Derecho, en general, y del Derecho Romano, en especial, suelen circunscribirse a la investigación de su aspecto normológico, único camino transitable desde el normativismo jurídico; ello unido a la reacción de los juristas en contra del desprecio visceral que los padres de la Sociología manifestaron respecto del Derecho, y al fracaso del racionalismo jurídico renacentista en pos de construir un Derecho Positivo Inmortal (certera aspiración humana de metamorfosearse en divinidad), explican, aunque no justifican, que el análisis del fenómeno receptivo haya omitido tanto el aspecto sociológico implicado cuanto que, casi siempre, se haya preterido la valoración ínsita a la recepción de tales normas.

Y es que este fenómeno que ocupa a los romanistas es tan palpable, tan real, tan obvio, tan atractivo, que invita a recalar en sus pormenores sin necesidad de reparar en mayores metodologías. Sin embargo, es imprescindible reemprender los estudios sobre ellas, a fin de encontrar coincidencias que nos per-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

mitan clarificar la identificación del verdadero "sistema jurídico romano" y de sus elementos esenciales constitutivos, para poder asignar correctos parentescos a los subsistemas que ha generado. En esta dirección las dificultades a vencer se vislumbran en torno a la siempre renovada controversia sobre el llamado "sistema jurídico anglosajón", por muchos considerado como extraño al "sistema jurídico romano".

Contemplando la labor de los tratadistas europeos sobre el fenómeno de la recepción del Derecho Romano, se observa que, así como una minoría prescinde de toda referencia sobre la cuestión, tradicionalmente el grueso de los autores suele incluir, en sus obras generales, un capítulo relativo al modo en que el Derecho Romano hizo su aparición en la geografía de cada una de las que, hoy, son sus específicas tierras natales, reseñando su evolución posterior. En la consecusión de ese enfoque puede señalarse un matiz, en ocasiones minimizado (por la inserción de una síntesis de la evolución receptiva en los otros países europeos) y en otras exacerbado, que consiste en la tendencia –no siempre subliminal– a "nacionalizar" la recepción; ella trae aparejada la creación de "zonas de influencia",(1) a su vez no exentas de "interferencias" múltiples. En la actualidad y en esta dirección, el auge del Derecho Comunitario europeo ofrece interesantes perspectivas para el replanteo de las exposiciones.

Una otra consecuencia, aparentemente también subconsciente, consiste en que el fenómeno que nos ocupa suele viviseccionarse, como si se hubiera detenido en algún instante anterior al presente del protagonista del análisis, desglosándoselo en períodos que se hacen culminar en algún momento del pasado. Pocas veces llega hasta el presente en que se verifica y, casi nunca, se habla de su proyección futura, la que queda librada al espontáneo juego del acaso jurídico, justamente en una época en que la realidad mundial impone la asunción de planificaciones responsables.

(1) La determinación de estas "zonas" está en función de la receptividad y perdurabilidad de la cultura romana, que fue más profunda en las comarcas que formaron parte de las *provinciae* europeas que en las del Cercano Oriente o de Nordáfrica. Si bien a todas ellas el Derecho Romano llegó directamente, vivo y pleno, tal recepción muestra un gradualismo acorde con el tiempo en que cada región se mantuvo dentro de la égida romana y a las distancias que las separaban del entonces ombligo del Mundo, por lo cual su aplicación revistió diferentes intensidades, distribuidas en forma de un mosaico sobre los territorios anexados (Cfme. Louzán de Solimano, Nelly Dora, "Curso de historia e instituciones del Derecho Romano", Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1990, 3ª. Ed., pág. 202) Cuando las invasiones "bárbaras" los aislaron del Imperio, primero, e hicieron sucumbir al Imperio Occidental, después, la excelencia de la cultura romana, conducida de la mano de su Derecho, la hará renacer en los territorios que hoy ocupan España, Portugal, Francia, Países Bajos, Alemania (incluyendo Austria), Italia y Gran Bretaña, los que configuran siete "zonas de influencia". Sobre sus interferencias múltiples, me remito a la obra de Paul Koschaker "Europa y el Derecho romano" (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

Ahora bien, imitando el encuadre, los publicistas del Nuevo Continente se ven propensos a producir una partición, pues acostumbran referirse, por un lado, a la recepción del Derecho Romano en sus Madre-Patrias, dentro del contexto general europeo, para dedicarse, luego y por separado, a la faz americana correspondiente a la recepción en el ámbito de su respectiva nacionalidad. Generalmente, mimetizan la primera con la expansión territorial de Roma desde que entró en contacto con las diferentes zonas de los territorios de los distintos países europeos modernos, asumiendo el fenómeno receptivo a partir del arribo de los pueblos bárbaros que debilitaron o eclipsaron el poder político de la **Urbs** sobre la respectiva región; de este modo, inician la recepción en una zona gris anterior a la muerte de Justiniano, siendo que con ésta última recién se daría inicio a la Segunda Vida del Derecho Romano. Además, suelen centrar su atención en la órbita del llamado Derecho Privado, con fuerte inclinación a remitirse sólo a la civilística, señalando enfáticamente el fenómeno receptivo dentro de su respectivo Código civil, omitiendo toda alusión al Derecho Público.

A nuestro modo de ver, esta tesitura americana tiene ínsita una tendencia a dispersar la unidad del correlato; en aras de evitarla, parécenos preferible comenzar el tratamiento de la recepción del Derecho Romano desde el momento en que el mismo hizo su llegada al Derecho Ancestral de la respectiva Madre Patria, constituyendo así los núcleos que ya he mencionado como "zonas de influencia", para continuar con el fenómeno de difusión hecho desde la misma a otros puntos del Globo; para ofrecer un panorama general, es necesario un ensamble cronológico de las etapas evolutivas en cada "zona de influencia".

En particular para Argentina, como para otros países americanos, asiáticos, africanos u oceánicos, la búsqueda del antecedente colonial y su inmediata vinculación con su secuela nacional se presenta como más apropiado para una cabal comprensión de los aspectos continuativos entre los ordenamientos consecutivos.

En todo ello, el gran problema es alcanzar una armónica visión panorámica.

3) Tentativa de graficación.

La magnitud del problema de obtener una visión panorámica se manifiesta ante la tentativa de graficar el fenómeno.

Puesto hoy ante nuestros ojos, se nos ofrece como una enmarañada raíz nodular, tan imbricada que nos impide apreciar su desarrollo y las secuencias

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

que subyacen por debajo de la periferia. Es que ella resulta el producto de una intrincada cadena que, a partir de un epicentro situado en la que fue la *Urbs*, se ha desarrollado poligonalmente hasta cubrir casi todo el espacio de la esfera terrestre a lo largo de un tiempo que no sólo no ha culminado sino que, por otro lado, ha permitido la superposición de sus prolongaciones.

No obstante la complejidad de la red que así se conforma, frecuentemente el panorama es abordado o presentado de un modo simplificado –a veces, simplemente simplista– mediante su reducción a una mera linealidad, presentándolo como una congerie de puentes más o menos intervinculados, que se habrían venido construyendo, para algunos, desde que los días se comenzaron a contar *ab urbe condita*, para otros, desde las Guerras Púnicas, y para muchos, recién desde el s.VI d.C., con lo cual el fenómeno es reducido a su producción durante el mentado ciclo de la Segunda Vida del Derecho Romano. Siempre vienen en recuerdo las palabras de Salvatore Riccobono: "la característica de la historia del Derecho Romano de los catorce siglos después de Justiniano es una expansión continua, una marcha triunfal, primero en Oriente y luego en Occidente, hacia el reconocimiento cada vez más universal, sin detenciones y sin derrotas".(2)

4) Hacia una búsqueda de la esencia de la recepción del Derecho.

Muchas incógnitas del fenómeno receptivo no han sido, aún, desveladas. Al concurrir a la convocatoria de ocuparnos de ellas, debemos hacerlo advertidos de que se trata de una *divinarum atque humanarum rerum notitia* que requiere una labor interdisciplinaria encarada con verdadero sentido epistemológico *veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam, affectantes*.

Es menester comenzar destacando tres niveles en éste fenómeno: uno general, abarcativo de toda especie de recepción; otro específico, de entre los cuales nos interesa la recepción del Derecho; dentro de ésta, se configura el singular fenómeno de la recepción del Derecho Romano.

El más somero de los análisis manifiesta esa necesidad; en efecto, si buscamos establecer una noción instrumental de eso que llamamos "recepción", parece correcto decir que todo fenómeno receptivo consiste en la llegada a destino de algo que se trasladaba de un lugar a otro. Esta modesta noción aproximativa nos brinda dos elementos a considerar: uno dinámico, que es el proceso

(2) Riccobono, Salvatore, "Roma, Madre de las Leyes", 1949, Ed. Depalma, Bs. As, 1975, pág. 9.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

de traslado, y otro estático, que consiste en la culminación de aquel. Pero desde su sencillez, ya plantea tres problemas: ¿el mero proceso de traslado es suficiente para hablar de recepción?, ¿cuál es el mínimum de contenido que debe llegar a destino para poder tenerla por culminada?, ¿debe requerirse la presencia de un proceso de manutención posterior a la culminación? De ello tal vez debiera seguirse que fuera preferible hablar de proceso receptivo, recepción y proceso post-receptivo.

El elemento estático aparenta ofrecerse como grato a una tarea dogmática; pero la apariencia cede cuando se aprecia que ese "algo" que se traslada ya tiene existencia aún antes de principiar el período de duración de la transferencia, por lo cual se plantea en una secuencia temporal que atrae, de suyo, la colaboración de la Historia para el análisis de los dos elementos fenoménicos señalados. Mas los historiadores acostumbran utilizar un método descriptivo del cual no extraen cuerpos doctrinarios sistemáticos. De allí la temprana necesidad de requerir el auxilio de otras ciencias. Podríamos pensar que bastaría con convocar a la Historia del Derecho, máxime los progresos alcanzados desde Gustav Hugo hasta el presente; empero, aún así no solamente se mantendrían insatisfechas nuestras carencias sino que correríamos el riesgo de retornar a una investigación dogmática desde que, justamente, el Derecho es uno de los "objetos" especiales del fenómeno general que nos ocupa. Por una razón expositiva, más adelante nos ocuparemos del elemento dinámico del fenómeno.

Ahora, retornando a la simple noción más arriba dada, podemos ver que ella contiene otras implicancias. De un lado, involucra situaciones fácticas tanto meramente de la Naturaleza (como la recepción de las aguas de lluvia por un arroyo, la del arroyo por un río y las del río por un lago o el mar), como aquellas otras que destacan por la participación del hombre –desde luego, hacemos referencia a aquellas que le atañen en mucho más que una gestión de observación–.

Sin dudas que la participación del hombre especializa el fenómeno, otorgándole un sentido más definido y permitiendo distinguir aquellos casos en que interviene ya como dador o repartidor de lo que se recibe, ya como receptor o recipiendario, o ya como el mismo objeto que se trasmite. Pero en ello vienen dos dificultades a considerar, que residen en determinar quién es el verdadero protagonista de la recepción y quién es su "sujeto" (en el estricto sentido literal del término).

De esta última consideración parece lícito extraer que existen dos líneas de investigación que se interactúan: una, propia del "sujeto" de la recepción, y otra,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

relativa al objeto de ella, pudiéndoselas identificar, entonces, como "subjetiva" y "objetiva", respectivamente.

La admisión de una línea "subjetiva", traída por la participación del hombre, no modifica, de suyo, el primer umbral de indagación, en el cual la idea de intervención de una voluntad está excluida y es indiferente al fenómeno. En esto viene plena aquella reflexión de Ortega y Gasset sobre el hombre y su circunstancia ya que, las más de las veces, ésta se nos impone por su propio vigor; estas consideraciones nos están inmiscuyendo en el campo de la Psicología individual, pudiéndose generar dudas sobre el tipo de aporte que debemos esperar de ella sobre la problemática de la recepción en general, de la recepción del Derecho, en especial, y de la recepción del Derecho Romano, en singular; el panorama resulta más claro si se repara en que el estudio sobre las diferencias que otorgan a los seres humanos sus características individuales, de entre las cuales se destacan aquellas que hacen a su respectiva idiosincracia, es decir, a la índole de su temperamento y carácter, por las cuales se distingue de los demás a través de su conducta, pertenece a la Psicología individual; ella debe, también, opinar sobre las razones por las cuales el hombre –que es, por naturaleza, un animal de costumbres, es decir, que busca remedar reiterativamente la conducta de sus semejantes– se inclina a imitar o a repulsar una conducta propuesta, y sobre los condicionamientos generados por la propia "personalidad" –especialmente por la llamada "personalidad de base"– que inciden sobre la aceptación, rechazo o imposición de una conducta. Desde otro ángulo, vemos surgir otros dos elementos observables: Uno, que algunas de esas peculiaridades idiosincráticas pertenecen a todos o a muchos de los individuos que conforman un determinado grupo social –o bien, se presentan como atributo propio de la vida de un pueblo–; otro, que, desde la más remota antigüedad, los encuentros entre grupos humanos han sido seguidos de conductas de adhesión, de rechazo o de indiferencia; ambas cuestiones, que apuntan a la índole "plural" que puede revestir el "sujeto" de una recepción –permitiendo cualificarlo, entonces, como "grupo"–, giran en la órbita propia de la Psicología Colectiva, también llamada Social, Cultural o de "las representaciones colectivas", cuyo aporte fundamental es haber despejado (desde Durkheim) la incógnita acerca de la existencia de aquella "conciencia social" que deslumbró a la doctrina jurídica finisecular. Cabe, aquí, acotar que el contraste entre individuo y grupo social no excusa a ninguno de ambos de su cita con la recepción del Derecho, aunque ésta se aviene mejor con el concepto de grupo social.

Pero la línea "subjetiva" se destaca por ponernos en presencia de la figura

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

del "repartidor", que es el protagonista de la recepción.(3) Sobre él volveremos más adelante.

Contrariamente a lo que hemos sostenido más arriba, el concepto gramatical del léxico "recepción" nos pone, implícitamente, frente a una voluntad; en efecto, tanto en su significado de "tomar lo que a uno le dan o le envían", como en el de "admitir, aceptar o aprobar una cosa" o en el de "admitir dentro de sí una cosa a otra", tal concepto es hecho reposar sobre dos voluntades, la del remitente y la del receptor. Empero, ¿cuál es la gravitación de las mismas en nuestro caso? Porque, desde ya, en este fenómeno atinente al Derecho Romano, ni se verifica necesariamente un consentimiento de quienes fueren que hubieren sido sus receptores, ni tampoco se puede afirmar que sea verificable la existencia de un consentimiento por parte del concedente, ni en su época ni, menos aún, en su posteridad.

Así, el fenómeno receptivo trasciende toda idea de contractualidad o convencionalidad, pues se circunscribe, a lo menos, al momento final del traslado de un objeto desde un sujeto hacia otro distinto, visto ello desde el ángulo de éste último.

Desde la línea "objetiva" se aprecia que el objeto transmitido también es cualificante: en nuestro interés está indagar acerca del Derecho Romano. Esta obviedad, que parece salvarnos de las marismas en torno del problema de la definición de Derecho, sin embargo nos puede lanzar hacia un problema mayor, cual es el establecimiento del concepto correspondiente a la endíadis "Derecho Romano", a cuyo respecto Pierangelo Catalano tiene dicho que "está entre aquellos menos estudiados por los romanistas".(4) Al sólo efecto de evitar el ingreso a una polémica, dejando a salvo los aspectos ontológicos o, si se quiere, metafísicos, me restrinjo a considerar al Derecho desde un aspecto gnoseológico, esfera en la cual es indiscutible que se trata de un objeto "cultural": Ya Cicerón aconsejaba *iustum ac ius colere*.

Por supuesto, el concepto de Cultura se remonta a un pasado muchísmo más reciente; su repercusión ha venido de la mano de la Etnología y de sus conclusiones respecto a la clasificación de las "áreas culturales", planteando la reformulación del antiguo concepto de Civilización e intentando su fraccionamiento en fenómenos concretos denominados, a su vez, Civilizaciones.

(3) Vide Goldschmidt, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, 6a. Ed., págs. 49 y ss.

(4) Catalano, Pierangelo, "Diritto e persone. Studi su origine e attualitá del sistema romano", G. Giappichelli Ed., Torino, 1990, T.I, Cap.II, p.1, pág.53.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

Respecto a dichos conceptos, cabe reflexionar que constituyen abstracciones obtenidas por la comparación de los diversos comportamientos, tanto individuales como colectivos, ya que los únicos que entran en contacto son los hombres.

La Cultura es objeto especial de estudio de la Antropología, en particular, de la Antropología Cultural, cuya escuela norteamericana se ha ocupado del estudio del entrecruzamiento cultural subsiguiente a un contacto cultural sostenido por grupos de distinta cultura –o civilización–, singularizando el fenómeno de la transculturación (acculturation), estableciendo sus distintas fases (una de ellas, la asimilación) y diferenciándolo de la difusión cultural (que si bien se produce en todos los casos de transculturación, también puede verificarse sin que haya contacto de grupos, por lo cual cuando se presenta dentro de aquel, sólo es otro de sus aspectos). El aporte antropológico es muy valioso respecto de la recepción del Derecho, pues nos ofrece tanto los adelantos alcanzados en las tentativas de elaboración de una tipología de los contactos (v.gr.: entre poblaciones enteras o entre grupos determinados; entre civilizaciones heterogéneas o relativamente homogéneas) como sobre los procesos de selección, aceptación, adaptación, sincretismo, reinterpretación, reacción y contraculturación, de transculturación antagonista y de transculturación controlada.

Viene, ahora, insoslayable, una advertencia: la transculturación no es un fenómeno de yuxtaposición; ergo, la recepción del Derecho, en general, y la recepción del Derecho Romano, en particular, tampoco pueden ser así consideradas. Parafraseando a Roger Bastide,(5) ninguna de ellas puede ser estudiada como "un arrojar con horquilla, mecánicamente, elementos iusnormativos, como manojos de heno, de una cultura a otra" porque la transculturación, como el Derecho, no son entidades meramente ideales sino realidades vitales, vivenciales, inescindibles de la vida del hombre en sociedad, dentro de la cual nace y –salvo patologías– se desenvuelve hasta su muerte. Precisamente, situaciones patológicas son las que suelen desviar el razonamiento científico de las rectas conclusiones; por ejemplo, observando que algunas sociedades pueden soportar cambios profundos en sus estructuras sin que su cultura se modifique, mientras que también se pueden producir cambios culturales sin provocar un cambio social –aunque generalmente éstos se produzcan–, o que las culturas pueden pasar de una sociedad a otra (y estos pasajes constituyen el fenómeno transculturativo, generalmente visto desde su faz dinámica, es decir, como proceso), la

(5) "Entrecruzamiento de las civilizaciones", en el "Tratado de Sociología" dirigido por Georges Gurvitch, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1963, T. II, 8a. Parte, Cap. 5, pág. 379.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

Antropología Cultural incurrió en un error, denominado "Culturalismo", consistente en separar lo cultural de lo social.

Es por ésto último que, en punto al fenómeno de la recepción del Derecho, como objeto cultural, las líneas "subjetiva" y "objetiva" devienen interactuantes, reenviándonos al elemento dinámico al que antes nos hemos referido. Contemplamos en él dos momentos, uno previo y conducente a la producción de una recepción; otro posterior, de afianzamiento o de abandono.

Centrando nuestra atención en el primero, vemos que viene caracterizado por algún tipo de presión o un plexo de presiones, de diferentes intensidades, que repercuten diversamente sobre uno o varios de los distintos aspectos culturales del grupo receptor –de entre los cuales aquí nos interesa su cultura jurídica–, incluso hasta en forma difusa, según sea el o los elementos en vía de penetración. Sólo cuando la resistencia es vencida en alguna medida, se puede afirmar que, en dicha proporción, se ha verificado una recepción. Esas presiones, en su esencia, no son otra cosa que manifestaciones de poder.

Obviamente, cuando las tendencias receptivas obedecen a presiones endógenas, es decir, propias del grupo receptor, el fenómeno receptivo adopta el aspecto de la "asimilación cultural" y encaja con precisión en la acepción del vocablo "recepción", permitiendo observar que, en ella, los niveles de conflicto son mínimos o declinantes, mientras que, por el contrario, cuando se presenta como una "penetración cultural" debida a políticas del grupo transmisor, el exogenismo exacerba los ánimos, pudiendo conducirlos a la xenofobia.Uno de los problemas no resueltos es determinar cuándo el vencimiento de resistencia asume un grado tal que pueda propiamente hablarse de recepción.

En cuanto al momento dinámico posterior a la culminación de la recepción, no deben olvidarse los aportes provenientes desde la Psicología de los Procesos Transculturativos, que nos muestra que, cuando un grupo acepta rasgos culturales (obviamente, que le han venido de afuera), los reconduce a través de su mundo mental, mediante procesos de reinterpretación, reorientación, readaptación, indigenización, sincretismo, reconstelación, síntesis, según señala la Antropología Cultural, de manera que no es infrecuente la transformación de las instituciones sociales primarias en otras subsecuentes o secundarias, como dato de la Sociología, mientras que dicha transformación se explica por una primera modificación de la estructura de la personalidad básica, que precisamente se traduce en la aparición de nuevas instituciones secundarias.

Con lo hasta aquí expuesto, quedan manifiestas las interrelaciones entre Historia, Historia del Derecho, Etnología (y Etnografía), Psicología individual,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

Psicología Social y Antropología Cultural, pero viene siempre subyaciendo una otra interrelación, integrativa, que llama a la Sociología, cuyas apreciaciones no pueden permanecer ignoradas pues el fenómeno receptivo –aun cuando se refiera al Derecho– es fáctico y eminentemente social.

La Sociología señala la importancia de estudiar el hecho transculturativo elegido –recepción del Derecho Romano– como un fenómeno social total, es decir, contemplándolo en todos sus niveles y aspectos y en relación dialéctica con el conjunto en el cual está inserto; sobre esta dirección ha operado Henri Levy-Bruhl.(6)

La faz sociológica pone de relieve que la "recepción del Derecho", en general, y "la recepción del Derecho Romano", en particular, pueden presentarse como un fenómeno transcultural autónomo o aparecer inscripto en un fenómeno mayor, propiamente llamado transcultural o, mejor, "sistema de las obras de la civilización", en la terminología de Gurvitch, consistiendo en un impacto, de mayor o menor intensidad, que se produce o bien entre sociedades globales entre sí, o entre grupos sociales entre sí o entre sociedades globales y grupos sociales, uno de los cuales experimenta modificaciones en, al menos, la parte jurídica del armazón que cimenta el equilibrio de su estructura social, modificando la condición, siempre precaria, de su constitución mediante un movimiento de reestructuración o dispersión del vínculo que une a la estructura con la sociedad en acción. Desde cierta perspectiva se hace notar que únicamente las sociedades globales son portadoras de "sistemas de derecho", mientras que los grupos sociales sólo portarían "ordenamientos jurídicos".(7) La universalidad del fenómeno de la recepción del Derecho Romano parece atentar contra la regla sociológica que Armand Cuvillier denominó "de la totalidad ligada", según la cual todos los elementos constitutivos de un conjunto social son profundamente conexos, por lo cual en una sociedad nada puede comprenderse sino es con relación al todo (es decir, a la sociedad entera y no en relación a las partes separadas) y que está dirigida a impedir la sobrevaloración de cualquier aspecto social sobre los demás, pero la excepción que a ella constituiría la recepción universal del Derecho Romano no es preocupante para la Sociología, puesto que una consecuencia de esa misma regla le veda estatuir leyes sociológicas inviolables en

(6) "Note sur les contacts entre les systèmes juridiques", en Rev. Excerptum ex Eos, XLVIII, 1, pág.27-33)

(7) En esta diferencia radica la discusión sobre la validez otorgar a las actuales naciones, a la sociedad o comunidad internacional o a la humanidad, el carácter de sociedades globales, desde que no portan en sí sistemas jurídicos).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

lugar de meras tendencias.(8) Es interesante la aplicación del método microsociológico, que se ocupa de las formas de sociabilidad, en punto a visualizar que el fenómeno de la *ius-recepción* consiste en una fusión "partial" que crea entre los hombres un "nosotros" luego de haber señalado una separación entre un "nosotros" y un "vosotros".

La Sociología, como ciencia, ha florecido en especialidades o ramas; desde Max Scheler se distinguen una Sociología General y varias Sociologías Culturales, una de las cuales es la Sociología Jurídica. Sobre ella debiera recaer gran parte del peso de la investigación del fenómeno receptivo; pero su juventud ha sido dedicada a resolver explicaciones macrosociológicas y a determinar la aplicación de los métodos de microsociología y sociología profunda.(9)

Todo aquello que la Sociología Jurídica no podrá cargar sobre sus espaldas, debe ser asumido por la Ciencia del Derecho, que deberá así ocuparse no sólo de las normas, sino también de las adjudicaciones de potencia e impotencia y del orden de sus repartos y del resultado de sus valoraciones con respecto a la Justicia. Con ello queremos destacar que la relevancia de la labor del Jurista es, en este tema, irreemplazable.

5) Conclusiones.

De todo lo antecedente, parece posible precisar el fenómeno de la recepción del Derecho en torno a su momento culminativo, con la integración de los elementos dinámicos y la interactuación de las líneas "subjetiva" y "objetiva", comportando el resultado relativamente duradero producido por una serie de situaciones más o menos traumáticas, causadas por el grado de resistencia ofrecida por un elemento jurídico preexistente respecto de las tensiones generadas por otro que trata de producirle el desplazamiento o alteración, en mayor o

(8) Para la Sociología, sus leyes sólo funcionan en un sistema cerrado que prescinde de la infinidad de factores reales cuya intervención siempre puede torcer el curso previsto con arreglo a determinadas pautas.

(9) La microsociología jurídica ha destacado una pugna entre los llamados Derecho Social (entendido como un derecho de integración objetiva en el Nosotros, en un todo inmanente, caracterizado por basarse en la confianza) y el Derecho Interindividual, que estriba en la desconfianza. Aplica al Derecho los tres grados crecientes de fusión propuestos por la Microsociología General (de masa, de comunidad y de comunión) y explica que en el grado de masa, el Derecho de Estatutos aplasta los derechos individuales, que en el grado de comunión, los derechos individuales se volatilizan, y que en el grado de comunidad existe un equilibrio entre el derecho de estatuto y los derechos individuales. El fenómeno receptivo en cuanto al Derecho Romano presenta sólo los grados de masa y siguiendo por el de comunidad, no alcanzando el de comunión (vide Goldschmidt, Werner, op. cit., pág 184 y ss., en especial N°192)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

menor medida, de alguno o algunos de sus ingredientes idiosincráticos, las que son ejercidas por un poder que marca una tendencia, endógena o exógena, hacia una integración que, a veces, puede enmascararse como repulsión.

Como hemos dicho, las relaciones de recepción se establecen entre repartidor y recipiendario en razón del objeto que se transmite.

El repartidor es el protagonista de la recepción, pues es quien la realiza, y su existencia es inexorable. Puede acontecer que el repartidor reparta sin consultar la voluntad de los recipiendarios, en cuyo caso procede por su autoridad según un esquema de ordenanza-obediencia u otro de violencia, o puede suceder que el reparto repose en un acuerdo con todos los recipiendarios. Estos siempre son los "sujetos" de la recepción.

El repartidor puede ser un individuo, una pluralidad de individuos o un grupo social. En punto a la recepción del Derecho, pueden actuar aislada, conjunta o indistintamente, en períodos breves o prolongados, contínua o discontínuamente, sucesivamente en congerie o con ruptura respecto de sus antecesores, cuando los hubiere. Las sociedades globales no pueden ser repartidores, porque no les es posible actuar por sí mismas el fenómeno receptivo.

El grupo social o sociedad global dadores, pueden ser "sujetos" activos o neutros en la recepción, según que condicionen o no al repartidor.

El repartidor puede pertenecer al grupo social del cual toma el elemento jurídico a transmitirse, o al grupo social destinatario, o a otro grupo.

En el primer caso, cuando el objeto transmitido es propio del pueblo a que pertenece el repartidor que lo transmite, es posible hablar de una "recepción directa" o "auténtica", dado que se verifica directamente por obra de los creadores del objeto trasmitido, quienes actúan como intérpretes y realizadores de la misma, y lo allegan hasta los recipiendarios bajo la forma de una "penetración cultural". También hay una "penetración cultural", bajo la especie de la "imitación cultural", cuando el repartidor es ajeno a los grupos sociales dador y recipiendario, pero en éstos casos como en aquellos llamados de "asimilación cultural" en que el repartidor pertenece al propio grupo recipiendario, la recepción se presenta como "indirecta" o "derivativa" por contraposición a la primeramente indicada.

La recepción directa o auténtica requiere la coexistencia entre dador y recipiendario. Cuando el grupo social dador o la sociedad global dadora han desaparecido de la faz de la Tierra, la transmisión siempre será "indirecta" o "imitativa". Pero habrá que distinguir si los recipiendarios toman contacto por primera vez con el Derecho transmitido, en cuyo caso la recepción será "primaria" o

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

"primigenia", o si se trata de un hiato, con lo que es posible llamarla "secundaria" o "recuperativa". Por último, existe también la posibilidad de una transmisión subliminal, cuando el grupo social o sociedad global que resultan dadores simplemente se yuxtaponen con quienes serán los recipiendarios; ello ha sucedido en muchas hipótesis de mera dominación militar. En estos ejemplos, la figura del repartidor aparece difuminada por la pluralidad de individuos y grupos sociales que la encarnan simultánea y sucesivamente. El grupo social o sociedad global recipiendario pueden adoptar una actitud asimilativa o imitativa, pero en ocasiones se erigirá como activamente xenófobo sin que, por ello, obtenga impermeabilidad: El aspecto cultural le penetra como si fuera un proyectil que, tangencialmente desviado por la coraza que se destinó a rechazarlo, prosigue su marcha más allá de ella, para impactar en el lugar menos previsto. La recepción que se produce en este tipo de situaciones parece merecer el nombre de "recepción refleja".

El reparto propuesto por el repartidor se subsumirá, necesariamente, dentro de un esquema bipolar de integración y de resistencia generado por razones mucho más profundas que unos simples escollos de fronteras. Tampoco se trata solamente de los *corsi e ricorsi* de los principios de "universalismo" y "chauvinismo". En la base de problema encontramos una cuestión de idiosincracias, un perpetuo conflicto íntimo entre la necesidad de cambio y el temor al mismo, entre la conveniencia de conservar lo presente y la curiosidad por conocer lo que depara el futuro. Es aquel hombre de Hermogeniano, ese definitivo destinatario de los repartos, quien reclama la integración pero, también, se resiste a ella.

Como ya se ha dicho, las tendencias receptivas que obedecen a presiones endógenas, es decir, propias del grupo receptor, presentan niveles de conflicto mínimos o declinantes, sucediendo lo contrario cuando dichas tendencias son exógenas.

La problemática de la oposición entre el grado de resistencia ofrecido por la idiosincracia de los individuos componentes del grupo social o sociedad global penetrados y los elementos de integración tomados del grupo social o sociedad global dadores por el repartidor para serle propuestos a aquellos, puede aparecer durante el proceso previo a la recepción o con posterioridad, o puede plantearse durante todo el tiempo que ella dure hasta afianzarse o fracasar.

El antagonismo "resistencia-integración" puede resolverse por diversos medios. En la Antigüedad, era imposible la producción de los fenómenos de globalización que hoy conocemos; aquellos pueblos carecieron del desarrollo tecnológico que les permitiese la creación de utilización de un vehículo tan sofis-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

ticado como son los modernos "mass-media";sin embargo, los vetustos medios de que dispusieron se han mantenido en boga en nuestros días: dominación militar y comercio. Ambos son útiles para iniciar un contacto entre grupos sociales, pero las bayonetas no sirven para sentarse sobre ellas y en el intercambio de bienes la cultura, en sí, carece de cotización. Roma utilizó los dos, pero prefirió la dominación militar inicial para su expansión, aunque debe señalarse que, a diferencia de otros conquistadores, las operaciones de ocupación militar emprendidas por los romanos no implicaron, en todos los casos, la violencia de la acción bélica sobre el pueblo asentado en el concreto territorio en curso de anexión, ello sin pretender minimizar los excesos cometidos en determinados lugares como Numancia, Cartago, Corinto, Jerusalén o Massada.

Por ello, el repartidor requiere de medios más poderosos para imponer sus repartos, cuando ello sea necesario: El repartidor debe tener poder.

Aun cuando el poder es una mera abstracción, que los romanos visualizaron antropomórficamente en la *manus*, su actuación concreta se presenta unas veces en la materialidad de los hechos, otras en la espiritualidad y otras en el pensamiento.

Instaurada la problemática de la oposición entre el grado de resistencia ofrecido por la idiosincracia penetrada y los elementos de integración de la idiosincracia penetrante propuestos por el repartidor, la etapa de lucha que suele sobrevenir se canaliza a través del ejercicio del poder material político, del poder espiritual religioso o del poder intelectual filosófico, sea que ellos se actúen aisladamente o interactúen en parejas o todos juntos.

Cuando el elemento cultural transmitido es la concepción del Derecho a través de sus manifestaciones, cuales son la costumbre jurídica y la legislación, la actuación de los tres poderes antes citados reviste especial trascendencia, dadas sus aptitudes para concretar la recepción o generar una repulsa: cada uno de ellos tiene un canal o conducto apropiado a tales fines. Así, el poder material político se vale de la vía legislativa estatal por la cual genera el Derecho Positivo Estatal; el poder espiritual religioso dispone de la Doctrina Religiosa y establece un Derecho Positivo Eclesial(6); y el poder intelectual filosófico se asienta en la Ciencia del Derecho por intermedio de lo que, genéricamente, se denomina "doctrina jurídica", originada en la labor de los estudiosos y de los tribunales, quienes progresan en ella sobre las bases de su propio Derecho Positivo y del Derecho Positivo ajeno (actual o pasado) o Derecho Comparado, transmitiéndola mediante su enseñanza, ya sistemática (escolar o universitaria), ya asistemática o aislada (emergente de fallos y publicaciones).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960

Esos mismos canales servirán para que los grupos sociales o sociedades globales que han sido "sujetos" de una recepción "directa o auténtica", o de una "indirecta o imitativa secundaria o recuperativa" o de una "indirecta o imitativa primaria o primigenia" o de una recepción "refleja", puedan conservarse en ella o no, según la fidelidad que le guarden. El paso de las generaciones y las nuevas circunstancias pueden mover a un abandono, parcial o total, de la recepción; pero las innovaciones no configurarán abandono cuando se gesten como evoluciones dentro de la *forma mentis* del pueblo dador. El problema será determinar, entonces, cuál era esa mentalidad y cómo se la reactiva más allá de su tiempo en una concreta situación.

6) Epílogo.

En lo antecedente, hemos recorrido el aspecto sociológico involucrado en la temática de la *ius-recepción,* y sobre cuestiones generales atinentes a su aspecto normológico. Queda como deuda una valoración de la recepción desde el ángulo de la Justicia, desde donde, liminarmente, aparece como deseable que los progresos de la Humanidad lleguen a todos los pueblos, para que cada uno de ellos, por su libertad y por la responsabilidad de sus gobernantes, pueda alcanzar su destino en consonancia con el Destino común de toda la Humanidad. La lucha por el Derecho es un pilar fundamental para ello, como bien lo señaló Rudolf von Ihering, quien en definitiva, es el padre de la Sociología Jurídica.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0960